جامعة 8 ماي 1945 – قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مطبوعة في مصادر الالتزام

نظرية العقد (تكوين العقد)

لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك

من اعداد الدكتور: حميداني محمد

الموسم الجامعي 2019-2020

مقدمة :

يعد القانون المدني بمثابة الشريعة العامة التي يتم الاحتكام إليها بمناسبة نظر النزاعات الناشئة عن المعاملات التي تتم بين الأفراد داخل المجتمع، فهو دستور المجتمع، و هو الأصل العام الذي تفرعت عنه جميع فروع القانون الأخرى، مما يعني أنه في حالة غياب النص الخاص الذي يحكم مسألة معينة فإننا نعود للقواعد العامة التي تضمنها هذا القانون [1].

ويتشكل القانون المدني من عديد النظريات القانونية المتداخلة فيما بينها والتي تكمل بعضها البعض بغرض تطبيق أحكامه على أحسن وجه ، و تعد نظرية الالتزام أهم وأكبر هذه النظريات على الاطلاق، وهي نظرية تتفرع عنها نظريات أخرى كنظرية العقد مثلا والتي تعد بدورها نظرية هامة نظرا للدور الذي تلعبه في تنظيم المعاملات مابين الأفراد . ومن أجل ذلك سنحاول وقبل الولوج في أحكام هذه النظرية أن نتدرج في عرض المفاهيم بالتدرج بداية من الحديث عن القانون المدني والذي يأخذ معنيين إحداهما ضيق ويقصد به التقنين أي عدد معلوم من المواد يختلف عدده من تقنين لآخر ومعنى واسع نقصد به التقنين مضاف إليه الفقه القانوني من خلال ما تمت كتابته من قبل فقهاء القانون المدني ، وكذلك الاجتهادات القضائية الصادرة في المادة المدنية عن الجهات القضائية المختلفة.

وبعد أن نكون قد عرّفنا بالنظرية العامة للالتزام وحددنا معنى الالتزام بوجه عام وتقسيماته نصل في نهاية المطاف إلى النظرية العامة للعقد والتي سنتناول من خلال المباحث اللاحقة.

---

[1]- محمد جمال مطلق الزنيبات ، المدخل لدراسة القانون – دراسة مقارنة – مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض ، ص 132.

فصل تمهيدي: تحديد المجال القانوني لنظرية العقد .

تحديد المجال القانوني لنظرية العقد ، وموقعها ضمن نصوص القانون المدني وأهميتها العملية جعلنا نخصص فصلا تمهيديا لتوضيح ذلك، من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول : نظرة حول القانون المدني بوجه عام

سنحاول من خلال هذا المبحث إعطاء نظرة مختصرة على القانون المدني بوجه عام من خلال تعريفه ومجال تطبيقه وكذا مصادره وأهم التعديلات التي مست القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: تعريف القانون المدني.

يعرف القانون المدنيعلى أساس أنه مجموعة من القواعد التي تعنىبتنظيمِ العلاقات بين الأفراد في المجتمع ، ويشتملُ القانون المدنيّ بوجه عام نوعيْن من العلاقات القانونيّة، النوع الأولى يختص بتنظيم علاقة الفرد مع أسرته، فيما يعرف بالأحوال الشخصيّة بمواضيعها المختلفة من زواج وطلاق وميراث ووصية وغيرها. أما الثانية فقد اختصّت بتنظيم علاقات الأفراد الماليّة، وتضمّ المعاملات، والأحوال العينيّة المتعلقة بالنشاط الماليّ للشخص.

القانون المدني بوجه عام قانون ينظم الأحوال الشخصية والعينية للأفراد داخل المجتمع والملاحظ أن بعض المنظومات القانونية وخاصة في الوطن العربي قامت بالفصل بين قانون الأحوال الشخصية وقانون الأحوال العينية . وهوالأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري وسبقه في ذلك المشرع المصري .

وهذا ما كان له تأثير على مستوى التسمية في حد ذاتها ففي تونس مثلا نسميه قانون الالتزامات والعقود والذي تضمنته مجلة الالتزامات والعقود ، ونفس التسمية في المغرب (1913/08/13) وموريتانيا ، وفي لبنان سمي القانون المدني الصادر في

1932/03/09 بقانون الموجبات والعقود ، أما في الجزائر ومصر والأردن فأخذ بالتسمية العامة المعروفة بالقانون المدني متأثرين بذلك بالقانون المدني الفرنسي الذي يعد مصدر تاريخي لهذه القوانين.

المطلب الثاني : أصل تسمية القانون المدني

يرجع أصل تسمية القانون المدني للعهد الروماني حيث كان القانون المدني يقتصر على القانون المنظم لمدينة روما وضواحيها، وكان يسري فقط على المواطنين الرومان دون سواهم، و لا يجوز أن يتمسك به غيرهم من الأجناس الأخرى ، وقد استنبط من التقاليد القانونية القديمة التي كانت سائدة في مدينة روما قبل أن تدخل في علاقات و معاملات مع الشعوب الأخرى ، وعرف القانون المدني في عصره الأول بقانون حملة الرماح ، وهو لقب كان يطلق على قدماء الرومان .

لقد كان القانون المدني في بادئ الأمر يتميز بصيغة الرسمية وإجراءاته الشكلية المعقدة ، ثم تهذبت نظمه باتساع دائرة التعامل بين الرومان والأجانب، وبما كان يتسرب إليه من مبادئ قانون الشعوب، نتيجةاتساع نطاق تطبيقه على الأجناس المختلفة من غير الرومان وانتهى الأمر باختلاط القانون الروماني بقانون الشعوب واندماجه فيه.

ما يلاحظ أن القانون المدني عند الرومان لا يتضمن قواعد القانون المدني بالمعنى الحديث فحسب ، بل شمل أيضا القواعد المتعلقة بتنظيم العلاقات بين التجار والتي نسميها اليوم بقواعد القانون التجاري، كما يشمل أيضا القواعد المتعلقة نظام التقاضي والتي يطلق عليها في العصر الحديث اسم قانون المرافعات أو قانون الاجراءات[1].

المطلب الثالث: أهم القوانين المدنية الحديثة

الفرع الأول : القانون المدني الفرنسي ، (قانون نابليون لسنة 1804).

1- عمر ممدوح – القانون الروماني ، الطبعة الخامسة دار المعارف ، مصر، الطبعة الخامسة ، 1966 ، ص15.

هو مزيج من النصوص القانونية المأخوذة عن القانون الروماني والمبادئ المنبثقة عن الثورة الفرنسية التي تقوم على الحرية والمساواة، شرع في وضعه سنة 1800 من قبل لجنة تتكون من مجموعة من القضاة عينها نابليون بونابرت وانتهت من اعداده وأصدرته في 21/03/ 1804. ليكون فيما بعد مصدرا لأهم القوانين المدنية في العالم ، وحافظ على أفكاره ومبادئه واستقرار نصوصه إلى غاية سنة 2016 ، أين صدر مرسوم بتاريخ 10 فبراير 2016، عدله تعديلا جذريا، ومس هذا التعديل 450 مادة منه شكلت معظم نصوص الكتاب الثالث المتعلق بقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات .

ومن بين المسائل التي استحدثها تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وشكلت إضافة للقانون المدني الفرنسي هو تقنينه لمرحلة المفاوضات بصورة صريحة وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص مستقلة بذاتها، في الوقت الذي كان فيه القانون المدني الفرنسي قبل التعديل مقتصرا فقط على مرحلتين رئيسيتن في حياة العقد من خلال مرحلة الانعقاد ومرحلة التنفيذ ، والظاهر من النص المعدل أن مرحلة المفاوضات لها أهميتها وخصوصيتها باعتبارها مرحلة حساسة يمتد تأثيرها ليشمل بقية المراحل اللاحقة عنها، فالأكيد أن نجاح هذه المرحلة يقتضي تظافر جهود الأطراف الساعية الى التعاقد من خلال توفير حد أدنى من الأمانة والصدق والنية الجادة والحسنة لإنجاح عملية التعاقد.

الفرع الثاني: القانون المدني المصري الحديث

صدر القانون المدني المصري بالقانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 29/07/ 1948 ملغيا بمقتضى المادة الأولى منه القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر

في 28 أكتوبر سنة 1883 والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة[1] والصادر في 28 يونيه سنة 1875 . ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون للفقيه الكبير الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، الذي بدأ العمل عليه سنة 1946 وإلى غاية صدوره . وقد قام فيه بالمزج بين قواعد القانون المدني الفرنسي وقواعد الشريعة الاسلامية ، وقد وفق في ذلك إلى حد كبير ، ويعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أشهر فقهاء القانون المدني في الوطن العربي من خلال مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني. إلا أن القانون المدني المصري في الآونة الأخيرة فقد بريقه ، وتراجع أمام بعض القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني الأردني.

الفرع الثالث: القانون المدني الجزائري .

هنا يجب التفرقة بين التشريع المدني بالمفهوم الواسع والقانون المدني بالمفهوم الضيق وعلى هذا الأساس سنتناول التشريع المدني في الجزائر من تاريخ الاستقلال وإلى غاية 1975 تاريخ صدور القانون المدني في الجزائر ثم نتطرق إلى مرحلة ما بعد صدوره وإلى يومنا هذا.

أولا/ القانون المدني في الجزائر في الفترة من 1962 إلى غاية 1975.

من غير الممكن أن يتم تسيير المعاملات داخل المجتمع من دون الاعتماد على نصوص قانونية تحكمها وتنظمها ، لذلك كانت الدولة الجزائرية الفتية مضطرت للعمل بالنصوص القانونية الموروثة عن الحقبة الاستعمارية إلى غاية وضع منظومة قانونية شاملة ، وعلى هذا الأساس ووفقا لنص المادة الأولى من المرسوم رقم 157/62 المؤرخ

1- انشئت في عهد اسماعيل باشا في القرن التاسع عشر، ليؤول إليها الاختصاص في محاكمة الأوروبيين الذين كانوا متواجدين بكثرة على الأراضي المصرية ، وتتكون من قضاة مصريين وقضاة أجانب من فرنسا وبلجيكا وايطاليا ، وبعد الانتداب البريطاني على مصر في سنة 1914 ، تم فرض قضاة انجليز على رأس هذه المحاكم .

في12/31 /1962 والتي تقضي باستمرار العمل بالقوانين القديمة إلا ما كان متعارضا منها مع مبدأ السيادة الوطنية[1].

وعليه تم الاستمرار بالقانون القديم سواء ما تعلق بالنص العام المتمثل في قانون نابليون لسنة 1804 .

أو النصوص الخاصة ونعطي مثال على ذلك بنص خاص من خلال المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04-01-1955 المتضمن إنشاء السجل العقاري في فرنسا والذي طبق في الجزائر بمقتضى المرسوم 59- 1190 المؤرخ في 31 أكتوبر 1959 ، والذي تم إقرار العمل به بمقتضى المرسوم 63-272 الصادر بتاريخ 25 جويلية 1963 وتعميمه على كامل تراب الجمهورية[2]وتأثير القانون المدني الفرنسي لا يزال الى يومنا هذا خاصة لما نتحدث عن الأهلية نجد أن سن 18 سنة لا يزال راسخا لدى الكثير من أفراد المجتمع الجزائري الذين عايشوا تلك الفترة ، والذين لم يدخل في أذهانهم سن 19 سنة ميلادية كاملة المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري إلى يومنا هذا .

ثانيا / فترة ما بعد صدور القانون المدني لسنة 1975 إلى يومن هذا .

صدر القانون المدني الجزائري بالأمر *رقم 75-58 المؤرخ* 20 رمضان 1395 الموافق *26 سبتمبر 1975*.

حيث أن صدور هذا القانون جاء في إطار بناء المنظومة القانونية الجزائرية وربطها بتارخ الأمة ومقوماتها وتقاليدها وعروبتها ودينها الإسلامي [3].

لكن ما يعاب على هذا النص أنه نقل حرفيا عن القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، ويفتقر للأعمال التحضيرية التي يمكن العودة إليها ، ولم تكتب بشأنه

---

[1]- مرسوم رقم 62-157 مؤرخ في 1962/12/31.

[2]-مرسوم 63-272 الصادر بتاريخ 25 جويلية 1963 - جريدة رسمية عدد رقم 54صادرة في 6 أوت 1963.

[3]- علي علي سليمان، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص 05.

مذكرة إيضاحية كما هو معمول به في المنظومات القانونية لمختلف دول العالم ، وحسب المعلومات المتوفرة لدينا أنه توجد وثيقة واحدة تضمنت الأعمال التي قامت بها اللجنة التي أعدت القانون المدني الجزائري على مستوى وذلك على مستوى مكتبة كلية الحقوق ببن عكنون سابقا، ولكن لم يتسن الاطلاع عليها ومعرفة مدى صحةوجودها من عدمه.

رابعا / نظرة حول محتوى نص القانون المدني الجزائري وأهم تعديلاته

أخذ المشرع الجزائري تقريبا بنفس المنهجية والتقسيم المعتمدة من قبل المشرع المصري وذلك على النحو التالي :

أ / جعل الأحكام العامة في كتاب مستقل ، عكس المشرع المصري الذي اكتفى فقط بتخصيص باب تمهيدي لها .

ب/ المشرع الجزائري جعل النظرية العامة للالتزمات وكذا العقود الخاصة في كتاب واحد في حين جعلهما المشرع المصري في كتابين اثنين .

ج/ اعتمد نفس التقسيم الموجود في القانون المصري بالنسبة للحقوق العينية الأصلية والتبعية من خلال تخصيص كتاب لكل منهما.

حيث أن ما يهمنا في البرنامج ونسعى للتركيز عليه لأنه يمثل العمود الفقري للقانون المدني هو الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود ، وبدرجة أقل سنتطرق للكتابين الثالث والرابع المتعلقين بالحقوق.

1- تعديل القانون المدني بالقانون 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988. (ج ر18)

هذا التعديل مس الجزء المتعلق بالإثبات بالكتابة هو تعديل مرتبط أيضا وبشكل مباشر بمهنة التوثيق لأنه تزامن مع صدور قانون التوثيق رقم 88-27 المؤرخ في

12جويلية 1988 ونحن نرى أن نقل مضمون المادة 12 من قانون التوثيق رقم 70-91 الصادر في 15 ديسمبر 1970 كان تمهيدا لإلغائه وإصدار القانون الجديد للتوثيق بالقانون 88-27.

أهم ماجاء به القانون 88-14 المعدل للقانون المدني هو تعديل المادة 324 بإحلال كلمة العقد بدل الورقة الرسمية. وليصبح هناك تطابق بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 324.

وضع الضابط العمومي كمصطلح جديد يدخل دائرة القانون المدني لأول مرة ، وظهر هذا المصطلح فيما بعد ضمن القانون 88-27 المتضمن قانون التوثيق وذلك ضمن نص المادة 05 منه والتي تنص على مايلي: " يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود...."

إضافة المادة 324 مكرر 01 (هفوة وقع فيها المشرع بعدم ادراجه المادة 324 مكرر ومروره مباشرة لمكرر 01) وهي تحمل نفس محتوى المادة 12 من قانون التوثيق هذه المادة التي لم تكن تلقى قبولا في التطبيق بالنسبة لرجال القانون وامتنع القضاة عن تطبيقها بل وصل الحد بمجلس الثورة لإصدار تعليمة بتعطيل العمل بها في أواسط السبعينيات من القرن الماضي.

إضافة أيضا ستة مواد أخرى كلها عبارة عن مكررات لنص المادة 324 من القانون المدني .

2- الغاء حق البقاء بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري

بصدور هذا المرسوم تم توقيف العمل بالمواد 471-472-473-474و509 و514 و537 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود

الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 لا يعد تعديلا للقانون لعدم الغاء هذه المواد ، وأن ضرورة المرحلة استدعت إضافة أربع مواد ضمن مرسوم تشريعي لتعطيل العمل بمواد القانون المدني الذي هو أعلى درجة من مرتبة المرسوم التشريعي . ويرجع السبب في ذلك إلى غياب الهيئة التشريعية المتمثلة في المجلس الشعبي الوطني الذي انتهت عهدته ولم يتم تجديده لأسباب سياسية معروفة. أما السبب الثاني هو حالة الضرور وأزمة السكن الخانقة التي كانت تعيشها الدولة حيث بينت الإحصائيات أن أكثر من نصف مليون سكن مغلق ويرفض ملاكه تأجيره بسبب المشاكل المترتبة عن حق البقاء .

3- تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المؤرخ 20 جوان 2005 (ج ر 44)

هذا التعديل يعد من بين أهم التعديلات التي عرفها القانون المدني الجزائري منذ نشأته وتضمن حوالي 68 تعديل مست الكتابين الأول والثاني من القانون المدني ومعظمها جاء ضمن القسم المتعلق بنظرية العقد ، وجاء استجابة لمتطلبات عملية من جهة ، ودعوات رجال القانون الداعية إلى ضرورة إعادة النظر في القانون المدني من جهة ثانية . ومن بين التعديلات التي مست القانون المدني ولها علاقة مباشرة بمهنة التوثيق نذكر مايلي:

في الكتاب الأول وفي الفصل الأول وتحت عنوان تنازع القوانين تم تعديل المادة 06 المتعلقة بأهلية الأشخاص وهوأمر له أهمية بالغة في إبرام العقود ، باعتبار مسألة الأهلية من النظام العام يجب مراعاتها في عملية التعاقد. حيث أن التعديل الذي مس المادة 06 لم يكن موفقا على الاطلاق حيث استبدل النقص الحاصل بنقص جديد جديد ، فاستبدل عديم الأهلية المذكور في النص السابق بناقص الأهلية ، والأصح أن يضاف ناقص الأهلية إلى عديمها لتصبح الفقرة الثانية من المادة 06 على النحو التالي : " وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم عديم الأهلية أو ناقصها

طبقا للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة " لأن التصرف القانوني انتهى تكوينه ودخل في مرحلة ترتيب الآثار هذه الأخيرة التي يمكن أن تنصرف لمتولي رقابته (الرقابة بسبب السن أو الحالة الجسمية أو العقلية) أو من له الولاية عليه .

حيث أن التعديل مس أيضا المادة 10 من القانون المدني والتي لها أهمية كبيرة في مجال التوثيق لكون تعديل هذه المادة أزال الغموض الذي كان حاصلا بخصوص الحالة المدنية وأهلية المتعاقد الأجنبي والقانون الواجب التطبيق أثناء إبرام هؤولاء الأجانب لعقودهم على التراب الجزائري . حيث تم إخضاعهم لقانون الدولة التي ينتمون إليها . أما النص السابق فكان يتحدث فقط عن حالة الجزائريين المقيمين بالخارج وخضوعهم لتطبيق القانون الجزائري، مما كان يطرح إشكالية حول القانون الذي يخضع إليه العقد أو القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بشأنه.

بالنسبة للمواد 11-12 من ق م المعدلتين لهما أيضا علاقة وثيقة بعمل الموثق باعتبارهما متعلقتين بالشروط الموضوعية لعقد الزواج الذي يكون أحد طرفيه من جنسية أجنبية .

بالنسبة للمادة 16 من ق م لها أيضا علاقة وثيقة بعمل الموثق لأنها مرتبطة بالقانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ....الخ

بالنسبة للمادة 18 من ق م لها أيضا أهمية بالغة في مجال التوثيق حيث تمكن الموثق من القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وهنا نجد أن لها صلة وثيقة بفكرة النظام العام ، حيث أن العودة للقانون الواجب التوثيق تمكن الموثق من استبعاد البنود المخالفة للنظام العام في العقد المبرم .

بالنسبة للمادة 19 من ق م مهمة جدا للموثق لكون التصرفات والعقود المبرمة تخضع في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. مثلا فرض الشكلية في بعض العقود .

حيث أن تعديل القانون المدني في 2005 مس أيضا النصوص المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وذلك بتخفيض أهلية التمييز من 16 سنة إلى 13 سنة بمناسبة تعديل المادة 42 من ق م وهو الأمر الذي يجعل من القاصر المميز البالغ من العمر 13 سنة قادر على إبرام العقود أمام الموثق في حالة العقود النافعة نفعا محضا وكذا العقود الدائرة بين النفع والضرر. بعدما كان الأمر يتأخر إلى سن 16 سنة ميلادية كاملة .

أما التعديلات التي مست نظرية العقد فأهمها إضافة المادة 72 مكرر المتعلقة بإدارج التعاقد بالعربون ضمن نصوص القانون المدني .وتخفيض مدة التمسك بالحق في البطلان النسبي من 10 إلى 05 سنوات ، وألغاء المادة 115 المتعلقة بالارادة المنفرة التي وجدت عرضا ضمن نصوص المتعلقة بنظرية العقد ، وأن الإرادة المنفردة تمثل مصدرا من مصادر الالتزام مستقل بذاته...

وأخير التعديلات التي مست الجزء المتعلق بالاثبات ولها علاقة بعمل الموثق حيث نجد التعديل الذي مس المادة 324 مكرر03 ، والتي تنص على مايلي: يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " وكان النص السابق المضاف بتعديل 1988 يتحدث عن العقود الرسمية وهي أعم وأشمل من العقود الاحتفائية ، بمعنى أنه أصبح إبرام العقد الرسمي يمكن أن يتم دون حضور الشاهدين .

حيث أن ورود عبارة تحت طائلة البطلان يدل على أن الشاهدين ركنا في العقد الاحتفائي وغيابهما يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

4- تعديل القانون المدني بالقانون 07-05 المؤرخ في 13ماي 2007.

مس هذا التعديل المواد المتعلقة بعقد الايجار والذي أصبح يبرم كتابة وأن أي عقد غير مكتوب يقع تحت طائلة البطلان . حيث أن المشرع في هذه الحالة لم يشترط الكتابة الرسمية ، مما يعني المساواة بين الكتابة العرفية والرسمية على حد سواء.ونؤجل الحديث عن هذا التعديل إلى غاية التطرق لموضوع عقد الإيجار.

المبحث الثاني : نظرية الالتزام بوجه عام كأحد أهم نظريات القانون المدني

من غير الممكن أن نمر إلى نظرية العقد من دون التطرق إلى تعريف نظرية الالتزام وإعطاء لمحة عنها ، كون الحديث عن نظرية الالتزام سيسهل لنا فيما بعد فهم نظرية العقد ودراسة العقد باعتباره مصدرا للالتزام دراسة جيدة .

المطلب الأول : مفهوم نظرية الالتزام بوجه عام

تعد نظرية الالتزام بمثابة العمود الفقري للقانون المدني ، وهو الأمر الذي أعطاها أهمية بالغة سواء في الفقه القانوني أو في الحياة العملية ، وذلك لعلاقتها الوطيدة بالجانب المالي للأفراد حيث نجدهم في تطبيق دائم لها وتعامل مستمر معها. فالفرد عندما يبيع ويشتري أو يؤجر أو يستأجر. أو يعوض الضرر الناجم عن فعله الضار لا يغدو إلا أن يدور في فلك هذه النظرية . ولكن قبل نبدأ في السباحة في هذا الفلك الواسع لابد أن نعود قليلا إلى الوراء وبالضبط إلى الحديث على أنواع الحقوق لأنها البوابة الرئيسية لدخول هذه النظرية .

حيث سبق وأن قسمنا الحقوق إلى نوعين رئيسيين:

- **حقوق غير مالية**: وهي الحقوق اللصيقة بالشخصي (**droit de la personnalite**) ، وحقوق الأسرة (**droit de la famille**). ومثال الأولى الحقوق السياسية وهي التي تخول للشخص المساهمة في إدارة شؤون بلاده .وهي في الأصل حقوق قاصرة على الوطنيين دون الأجانب ، كحق الترشح والانتخاب .إضافة إلى ذلك حق الفرد في

التعبير وحرية الرأي . أما الثانية فتتمثل في الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضو في أسرة معينة بسبب الزواج أو النسب وهي تقترن بتكاليف معينة كقوامة الزوج على الزوجة وحق النفقة وولاية الأب عن أبنائه الصغار وحقهم في الإنفاق وحقهم في الإرث[1]....الخ وهذه الحقوق لا يمكن تقييمها بمال ولا تداولها ولا نقل ملكيتها بالبيع والشراء كما هو الأمر بالنسبة للحقوق المالية .

- **حقوق مالية** : وهي التي يقوم موضوعها بالنقود (**droit patrimoniaux**)

وتعد قوام المعاملات المالية وهي مقسمة بدورها إلى قسمين

القسم الأول : حقوق مطلقة وتشمل الحقوق العيني[2] أصلية[3] و تبعية[4]من جهة والحقوق الذهنية كحق المؤلف وبراءة الاختراع من جهة أخرى.

القسم الثاني: حقوق نسبية وتتمثل في الحقوق الشخصية أو ما يعرف بالالتزام أو الموجب أو حق الدائنية[5]. وهو موضوع دراستنا .

والحديث عنها يجرنا أولا لتعريف فكرة الالتزام في حد ذاتها والتي لها تسميات مختلفة الالتزام أو الموجب أو حق الدائنية.

الفرع الأول : تعريف الالتزام

لقد أورد الفقه القانوني عدة تعاريف للالتزام ، نذكر منها مايلي:

1- عرفه الأستاذ محمد حسنين بما يلي :

1- سليمان بوذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ،مصر، ص 46 .

2- الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته ولا يستند في وجوده إلى حق آخر .

3 – الحق العيني التبعي هو الذي يستند في وجوده على حق شخصي يكون تابعا له والغاية منه هي ضمان الوفاء به .

4- محمد حسنين . مرجع سابق ، ص 37 .

5- يمكن تقسيم الحقوق بشكل عام إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية .كما تنقسم الحقوق المالية إلى حقوق معنوية وحقوق شخصية وحقوق ذهنية .راجع في ذلك د سليمان بوذياب .مبادئ القانون المدني .دراسة نظري وتطبيقات عملية .المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . ص 45 .

"هو علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يحق لأحدهما أن يلزم الأخر بأن يؤدي له عملا أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل.وما يؤخذ على هذا التعريف أن الالتزام ليس هو

العلاقة بل هو السلطة التي يمنحها القانون بمقتضى هذه العلاقة لشخص يسمى الدائن قبل آخر يسمى المدين تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه، تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن .

أما الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فقد عرفه :بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل[1] .

كما أن الأستاذ سليمان مرقس أيضا أخذ بوصف الحالة وعرف الالتزام كما يلي :

" هو حالة قانونية يوجد فيها شخص معين توجب عليه أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل"[2].

وما يعاب على هذين التعريفين أن وصف الحالة هو وصف عام يطلق على جميع أوصاف القانون ، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه في تحديد طبيعة الالتزام وفهم مضمونه . أما الأستاذ علي فيلالي فقد عرفه بما يلي: هو علاقة قانونية ذات قيمة مالية إذا نظر إليها من جانب المدين أي في شقها السلبي تعد التزام و إذا نظرنا إليها في شقها الإيجابي أي من جانب الدائن في عبارة عن حق[3] والملاحظ أن الأستاذ فيلالي قد عرف الالتزام بتطرقه إلى طبيعة العلاقة بكونها ذات قيمة مالية وأطراف العلاقة أي الدائن والمدين دون الخوض في موضوع العلاقة أو الهدف الذي تسعى إليه .

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الأول ، ص 125.

[2]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، ص 21 .

[3]- علي فيلالي .الالتزامات النظرية العامة للعقد ،الطبعة الأولى ،سنة 1997، مطبعة الكاهنة،الجزائر، ص 07.

ولكن حتى و إن كان الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية فهذا لا يعني أن كل الحقوق المالية تدخل في نطاقه ، فقديما كان الفقه يميز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية فيعتبر الأولى بمثابة سلطة مباشرة يخولها القانون للشخص على شيء معين . بينما يعتبر الثانية و هي الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاها أحدهما و يسمى المدين بالقيام بشيء لفائدة الطرف الثاني ويسمى الدائن .

ولقد أصبح التقسيم التقليدي للحقوق منتقدا كونه لا يستوعب كل الحقوق المالية حيث ظهرت حقوق جديدة تعرف باسم الحقوق الذهنية أو الفكرية أو الملكية الأدبية كحق المؤلف على تأليفه الفني أو الأدبي . و حق المخترع على اختراعه ، و لهذه الحقوق جانب أدبي يمكن إلحاقه بالحقوق اللصيقة بالشخصية وجانب مالي يلحق بالحقوق المالية . ومهما يكن من أمر فإن الحق العيني و الحق الذهني يخرجان عن الالتزام بالمواصفات التالية : علاقة قانونية – ذات قيمة مالية – تربط بين شخصين أو أكثر .

و ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الخصائص لم تستقر على هذا الشكل إلا بعد مراحل تاريخية تقلصت معها سلطة الدائن . من سلطة على جسم المدين ببيعه أو إعدامه إلى الإكراه البدني كحبسه لتستقر في نهاية المطاف إلى التنفيذ على ماله فقط و إن هذا التطور يعود إلى تطور وظيفة الدولة والتي صارت تكفل

الفرع الثاني: تقسيم الالتزامات

تقسم الالتزامات إلى عدة شعب ، تستند كل منها إلى معلم معين ، هذا المعلم الذي قد يتمثل في الآثار المترتبة على الالتزام أو المحل الذي يقوم عليه أو المصدر الذي نشأ منه ، وعليه يمكن تقسيم الالتزامات على النحو التالي :

أولا :من حيث الأثر

يتضح من نص المادة 160 من القانون المدني والتي تنص على مايلي " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به . غير انه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعي "

و حسب نص هذه المادة فإن الالتزام القانوني نوعان هما : التزام مدني و التزام طبيعي.

1- الالتزام المدني : هو التزام يستقيد من الحماية القانونية ، أي إذا ما تعرض هذا الحق لاعتداء بإمكان صاحب هذا الحق رفع دعوى أمام القضاء من اجل حمايته.

2- الالتزام الطبيعي :هو الالتزام الذي لا يستقيد من الحماية القانونية ، إذ لا يمكن إكراه المدين على تنفيذ التزامه . ومثل ذلك دين انقضى بالتقادم . وهو ما يعني احتفاظه بعنصر المديونية الذي يتضمن الدين و افتقاده لعنصر المسؤولية الذي يسمح بإكراه المدين على تنفيذ إلزامه .

ملاحظة:

الالتزام الذي ينشأ معيب يمكن أن يتحول إلى التزام طبيعي مثلا دين لم تتم كتابته أو ضاع سنده يتحول إلى التزام طبيعي.

ثانيا: من حيث المحل

المقصود بمحل الالتزام هو الشيء الذي التزم به المدين نحو الدائن . فحسب نص المادة 54 من القانون المدني والتي تعرف العقد بالاعتماد على محل الالتزام الناشئ عنه ، فإن الالتزام ثلاثة أنواع : التزام يمنح ، التزام بفعل ، و التزام بعدم فعل . و لكن الأصح أن الالتزام نوعين ، لأن المنح هو من قبيل الالتزام بفعل أو عمل[1] .

---

[1]– يقول في هذا الصدد الأستاذ علي علي سليمان في كتابه النظرية العامة للالتزام الصفحة 10 مايلي:

(......يضاف إلى هذين العيبين المنقولين عن القانون المدني الفرنسي عيب ثالث وقع في النص العربي للمادة 54 وهو أنه سمى الالتزام (بمنح) وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي وفي النص الفرنسي للمادة 54 بلفظ Donner معناها المنح أي Donation مع أن الكلمة الفرنسية Donner مأخوذة من الكلمة اللاتينية Dare التي تعني نقل حق ملكية وكان ينبغي أن يقال بدلا

1- الالتزام بمنح : والمنح هنا يختلف عن المنح في اللغة والذي يعني العطاء ولكن المنح هنا يفيد نقل الملكية أو حق عيني آخر ، ومثال ذلك نقل الملكية في عقد البيع المادة والذي تنص عليه المادة 351 من القانون المدني .وهو غالبا ما يقرن بالتزام آخر وهو الالتزام بالتسليم .

2- الالتزام بفعل: ومثال الالتزام بعمل كالتزام المقاول بإنجاز عمل لفائدة رب العمل ، و التزام المودع لديه بالمحافظة على الوديعة .

3- الالتزام بعدم فعل: يجب على الملتزم بعدم فعل شيء.ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 422 ق م(منح المستأجر التغيير في العين المؤجرة دون إذن المؤجر) وكذلك ما جاء ضمن نص المادة 691 ق م . (عدم التعسف في استعمال الحق فيما يخص حقوق الجوار).

ثالثا: التقســـيم الحديث للالتزام

و هو تقسيم استحدثه الفقيه الفرنسي ديموج مطلع القرن الماضي،وهو مبني على النتيجة التي يتعهد بها المدين فقد يلتزم نحو الدائن بتحقيق غرض أو نتيجة معينة و قد يقتصر تعهده على بذل جهد أو عناية فقط بغض النظر على تحقق النتيجة أو عدم تحققها، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا التقسيم حيث أشار إليه في العديد من المواد ، 172 (بذل عناية الرجل العادي أثناء الالتزام بعمل) والمادة 576 أيضا من القانون المدني (الوكيل في تنفيذ الوكالة يجب عليه بذل عناية الرجل العادي) والمادة 607 منه أيضا(حراسة الأموال المعهودة ببذل عناية الرجل العادي) . و في الحقيقة فإن هذا

من كلمة بمنح (بنقل حق عيني) وعلى كل حال هو في الواقع التزام بعمل ويندرج في الالتزام الثاني الوارد بالنص .)

التقسيم يتعلق أساسا بالالتزام بفعل لأن الالتزام بمنح و الالتزام بعدم فعل شيء ما يستلزمان دوما تحقيق نتيجة معينة .

ا) الالتزام بتحقيق نتيجة :

الالتزام بنتيجة أو الالتزام بتحقيق غاية هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة و ما لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولا أمام الدائن لكونه لم يقم بتنفيذ التزامه . فالشخص في مثل هذا الالتزام مدين بتحقيق نتيجة معينة بحيث يفترض خطأه ومن ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة و التي هي محل التزامه لم تحقق .

ب) الالتزام ببذل عناية

لا يهدف الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بوسيلة إلى تحقيق غاية معينة و لكن يتعهد المدين ببذل عناية و جهد للوصول إلى الغرض المنشود سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق كالتزام الطبيب . ويجب أن يكون الجهد المبذول مساوي لمقدار الجهد الذي بذله الرجل العادي .وقد أخذ المشرع بذلك خاصة م 495 قم ج (الالتزام ببذل عناية من المستأجر للحفاظ على العين المجردة)

وهذه أهم التقسيمات المتعلقة بأنواع الالتزام والمتعارف عليها في الفقه القانوني.

المطلب الثاني : مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقانون المدني الفرنسي.

اعتمد القانون المدني الجزائري على خمس مصادر للالتزام مرتبة على النحو التالي: القانون (م53) العقد (من م54 إلى 123) الإرادة المنفرة (123مكرر) الفعل الضار (من م124 إلى غاية م 140 مكرر 01) وشبه العقود (م 141 إلى غاية م 159 ق م) وهذا الأقسام الخمس يمكن اختزالها في ثلاثة أسباب رئيسية لنشأة الإلتزام تناولها الفقه القانوني وأقرها القانون المدني الفرنسي صراحة ضمن التعديل الجديد في سنة 2016

من خلال نص المادة 1100 والتي نصت على مايلي:" ينشأ الالتزام نتيجة للتصرفات القانونية والوقائع القانونية وكذلك مايسمح به من قبل القانون " ولكن القانون المدني الفرنسي لماقام بتجسيد نص المادة 1100 منه ضمن النصوص اللاحقة جاء فقط بثلاثة مصادر رئيسية للالتزام وهي العقد في المواد من 1101إلى غاية 1231 منه والمسؤولية التقصرية (مسؤولية تقصرية بوجه عام + مسؤولية عن الأشياء الخطرة أو المعيبة) في المواد من 1240-1245 وأخيرا قسم عام عنوانه بالمصادر الأخرى للالتزام في المواد من 1300إلى غاية 1303 مكرر 04.(الفضالة – الدفع غير المستحق - الاثراء بلا سبب)

- التصرفات القانونية وتكون إما بإرادة واحدة أو بتوافق إرادتين أو أكثر . وهنا المشرع الفرنسي اعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام لكنه لم يخصص له قسم مستقل ضمن نصوصه .

- المشرع الفرنسي لم يخصص ضمن نصوصه مواد خاصة للقانون كمصدر للالتزام كما فعل المشرع الجزائري ، وربما يرجع ذلك إلى كون القانون هو مصدر غير مباشر لجميع الالتزامات ، وهو مصدر مباشر فقط لبعضها كالالتزام بالنفقة والضرائب وغيرها.

- المشرع الجزائري اتفق مع المشرع الفرنسي في وضع العقد في الصدارة وإعطائه أهمية بالغة من خلال الكم الهائل من النصوص التي خصها به أي حوالي 70 مادة بالنسبة للقانون المدني الجزائري ، وأن هذه النظرة تكرس فكرة عقدنة الحياة الاجتماعية التي نادى بها الفيلسوف جون جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي أين اعتبر أن جعل المعاملات والعلاقات بين الأفراد هي عبارة عن عقود ،،،وهو أمر فيه كثير من الصواب لأن الانسان في حياته اليومية يبرم الكثير من العقود (إيجار – بيع – عارية ...وغيرها)

وعليه سنتناول العقد كأول مصدر من مصادر الالتزام ودراسته من خلال مايعرف بالنظرية العامة للعقد . وسنتناول دراسة العقد من خلال تقسيم حياته إلى مرحلتين مرحلة التكوين أو الانعقاد ومرحلة ترتيب الآثار أو التنفيذ وهو نفسه التقسيم الذي أخذ به المشرع الجزائري في القانون المدني. ونتطرق له بالتفصيل فيما سيأتي:

الفصل الأول : تكوين العقد

المبحث الأول : مفهوم العقد وتقسيماته

قبل الحديث عن تكوين العقد وتحديد أركانه وتفصيل شروطه نتناول أولا التعاريف المختلفة للعقد وأهم تقسيماته المتعارف عليها فقها وتشريعا.

المطلب الأول: تعريف العقد

للعقد تعاريف مختلفة سواء على مستوى المعاجم اللغوية أو على مستوى كتب القانون ، سنحاول التطرق لأهمها.

الفرع الأول : تعريف العقد لغة

يعرف العقد لغة على النحو التالي هو " عبارة كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء و جمعها و أما بين الكلامين يراد به العهد " وعلى ذلك يكون عقدا في اللغة كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو تركا من جانب واحد أو من الجانبين ، لما في ذلك من معنى للربط والتوثيق.[1]

---

[1]- أحمد فرج حسين . الملكية ونظرية العقد .دار المطبوعات الجامعية .مصر ،سنة 1999ص 126.

الفرع الثاني : تعريف العقد قانونا

قبل تعديل 20 جوان 2005 كانت المادة 54 من القانون المدني تعرف العقد كما يلي : ً العقد اتفاق[1]يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بمنح ،أو فعل أو عدم فعل شيء ً.

وكان يومها النص مبتورا ومغايرا لما هو موجود في النص الفرنسي لنفس المادة .كونه أشار إلى أحد أطراف العقد دون الطرف الآخر .وهو ما دفع بالمشرع أثناء التعديل السالف الذكر إلى إضافة عبارة نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين ليصبح مطابقا تماما للنص الفرنسي من القانون المدني الجزائري.

وصار مضمون المادة 54 من القانون المدني على النحو التاليً العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ً.

وعلى الرغم من هذا التعديل إلا أن ذلك لم يمنع من الحديث عن بعض الأمور من بينها أن المشرع الجزائري نقل هذا التعريف حرفيا عن نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي في نصها القديم والتي لم تكن تحضى بالإجماع لدى الفقهاء الفرنسيين أنفسهم ، وذلك لما فيها من خلط بين تعريف الالتزام باعتباره أثرا من آثار العقد والعقد باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام وقد تم الغاء هذه المادة أثناء التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي من خلال الأمر رقم 2016- 131 الصادر في 10 فيفري 2016.

---

[1]- هناك من يحاول أن يميز ما بين العقد والاتفاق ويرجع ذلك لعدة اعتبارات .فيعتبر بعض الفقهاء أن العقد نوع من الاتفاق الذي هو عبارة عن جنس ويرى فريق أخر أن الاتفاقات الهامة التي خصها المشرع باسم وحدها التي يمكن أن نطلق عليها تسمية العقد . علي فيلالي المرجع السابق ص 35. وراجع أيضا في هذه النقطة الأستاذ زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، الجزء الثالث ، ص 156.

فالمشرع الفرنسي عدل نص المادة 1101 من القانون المدني لتصبح على النحو التالي :" العقد اتفاق الارادات بين شخصين أو أكثر على انشاء أو تعديل أو نقل أو انهاء التزامات." وهذا هو التعريف الحديث للعقد الذي جاء به المشرع الفرنسي ومأخوذ عن آخر ما توصل اليه الفقه الحديث بخصوص تنفيذ العقد.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع المصري بخصوص هذه النقطة لم يضع نفسه في متاهة التعاريف وترك ذلك للفقه القانوني .باعتبار أن وضع التعاريف من مهام هذا الأخير ودخل مباشرة في أول مرحلة من مراحل العقد . حيث جاء ضمن نص المادة 89 ً يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... ً

وقبل الدخول في تقسيم العقود لا بد من التوقف عند بعض التعاريف الفقهية للعقد . حيث عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بما يلي : ً العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ً[1].

بينما يرى الأستاذ علي علي سليمان أن أدق تعرف للعقد هوا لتعريف الذي لا ينحاز لا للمذهب المادي ولا للمذهب الشخصي والذي يأتي على النحو التالي ً العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها ً [2] .

الفرع الثالث : العقد الالكتروني كمفهوم جديد بالنسبة لنظرية العقد

من بين المفاهيم التي اقتحمت نظرية العقد في العصر الحديث وكانت نتيجة حتمية لما عرفه العالم من تطور علمي وتكنولوجي مذهل نجد مفهوم العقد الالكتروني والدور الذي يلعبه اليوم في التجارة الالكترونية والتعاقدات التي تتم عبر الانترنيت .

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 150.

[2]- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ،المرجع السابق ، ص10.

أولا : التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

لقد تطرق المشرع الجزائري للعقد الالكتروني بمناسبة إصداره للقانون 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ10 مايو سنة 2018 والمتعلق بالتجارة الالكترونية ، حيث جاء ضمن نص المادة 06 منه وفي الفقرة الثانية مايلي :" العقد الالكتروني : العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيوسنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بمقتضى القانون 10-06 المؤرخ في 15يونيو 2010، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء إلى تقنية الاتصال الالكتروني ."

وبالعودة لنص المادة 04 فقرة 01 من القانون المذكور سالفا نجدها تعرف العقد على النحو التالي :" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحدا تغيير حقيقي فيه." العرض المسبق على الانترنيت

في الحقيقة هذه التعاريف قاصرة وناقصة لأنها تعرف العقد الإلكتروني في مجال ضيق وهو التجارة الالكترونية فقط والتي حسب ما هو وارد في التعريف تقتصر فقط على نقل ملكية السلع والخدمات ، بمعنى بيع السلع وتقديم الخدمات ويمكن القول شراء الخدمات.

ثانيا : التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

لقد تم تعريف العقد الالكتروني بأنه " العقد الذي يلتقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية أو وطنية"[1].

---

[1]- لقد تم إضافة كلمة وطنية للتعريف الأصلي، لأنه لا مانع من أن تكون الشبكة المستعملة في عملية التعاقد وطنية، فالعبرة في تباعد المسافة بين الأطراف المتعاقدة، وقيام التعاقد عن بعد، وبواسطة هذه الشبكة بغض النظر عن طبيعتها دولية أو وطنية.

ويكون ذلك باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية."[1]

وعليه فإن العقد الالكتروني هو عملية التقاء الإيجاب بالقبول بالطريق الالكتروني.
وتشمل عملية التعاقد بهذه الطريقة- وزيادة على الإيجاب والقبول الالكتروني- على العديد من المعاملات الالكترونية ، مثل عرض السلع والإعلان عنها بطريقة الكترونية، وطلبات الشراء الالكترونية، والفواتير الالكترونية، وأوامر الدفع الالكترونية ، إلى غير ذلك من الأمور التي يحتاج المتعاقدان إلى تدخل التقنية الالكترونية في إنجازها.

والملاحظ أن العقد الإلكتروني مفهوم جديد من شأنه أن يثري النظرية العامة للعقد، ويجعلها أكثر مواكبة للتطورات العلمية والتقنية في العصر الحالي.

المطلب الثاني : تقسيمات العقود

لقد حاول المشرع الجزائري أثناء وضعه للقانون المدني تقليد ما جاء به القانون المدني الفرنسي في تقسيمه للعقود ووضع تعاريفها ، على الرغم من أن هذا الأخير أي القانون المدني الفرنسي لم يسلم من نقد الفقهاء الفرنسيين أنفسهم . وذلك لكون المشرع في التقنيات لا يخوض في التعريفات و الآراء الفقهية بل يكتفي بالأمور التقنية فقط والدليل على ذلك أن التشريعات الحديثة لم تخض في تقسيم العقود وتعاريفها على غرار القانون المدني المصري والقانون المدني الألماني وتبدأ مباشرة من نقطة تكوين العقد .

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم محمد. رسالة دكتوراه بعنوان: **إبرام العقد الإلكتروني**، تم مناقشتها بكلية الحقوق، بجامعة الإسكندرية، بتاريخ 2005/06/23، ص52.

و من أجل الإحاطة بهذا الموضوع بشكل أفضل سقسم أفكاره إلى محورين ، نتناول في المحور الأول: التقسيم الذي أورده المشرع . و في المحور الثاني : التقسيم الذي أورده الفقه .

الفرع الأول : التقسيم التشريعي للعقود

سنتناول في التقسيم التشريعي للعقود ما أورده المشرع الجزائري وما كان من المفروض أن يورده وأوردته تشريعات أخرى ، ويتمحور هذا التقسيم في مايلي :

عقود ملزمة لجانب واحد و عقود ملزمة للجانبين وعقود محددة وعقود احتمالية ، عقود معاوضة و عقود تبرع .

أولا:العقود الملزمة لجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد

وهذا التقسيم يعد الأكثر شيوعا من بين تقسيمات العقود، والأكثر أهمية من الناحية العملية.

أ- العقد الملزم لجانب واحد

هو العقد الذي ينشئ التزامات على عاتق جانب واحد فيكون أحدهما دائن وغير مدين بينما الطرف الآخر مدين فقط ، ومثال ذلك عقد الوديعة بدون أجر فالمودع لديه ملزم بحفظ الوديعة وردها دون أن يلزم المودع بدفع الثمن .

ب- العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي

هو العقد ينشئ التزامات على طرفيه فيكون كل منهما دائن و مدين في نفس الوقت كعقد البيع و يعتبر كل التزام هو التزام مقابل ، وقد ورد هذا التقسيم ضمن المادتين 55 ، 56 ق م . و يجب هنا عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد و التصرف الناشئ عن إرادة منفردة كالوصية أو الوعد بجائزة أين لا يشترط القانون تطابق الإيجاب و القبول كما في العقود الملزمة لجانب واحد والتي يعد ذلك ركن أساسي في تكوينها ويشكل ما يعرف بالتراضي .

ج) أهمية التقسيم :

تكمن أهمية التقسيم في ما يلي :

1- الفسخ

بالعودة إلى نص المادة 119 نجد أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد وفسخه بينما لا مجال للحديث عن الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد . إذ لا فائدة في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد بل على العكس تقتضي مصلحته المطالبة بإبقاء العقد و المطالبة بتنفيذه أما المدين فبإمكانه التحلل من تنفيذ التزامه أو إسقاطه.

2- الدفع بعدم التنفيذ

منصوص عليه في المادة 123 ق.م و المقصود به أنه في العقود التبادلية توجد التزامات متقابلة ، فإذا كانت هذه الالتزامات مستحقة الأداء بإمكان الطرف الذي لم ينفذ الالتزام الذي في صالحه أن يلجأ مباشرة إلى عدم تنفيذ الالتزام المكلف به كإجراء مباشر دون اللجوء إلى طلب الفسخ .

3- تبعة الهلاك

لابد من التوضيح أن مجال الكلام عن تبعة الهلاك هو العقود التي موضوعها إعطاء شيء أو نقل ملكية شيء ، حيث يمكن أن يهلك هذا الشيء قبل الانتهاء من تنفيذ العقد أي قبل تسليمه للمتعاقد الدائن بتسلمه وهنا تبعة الهلاك تكون على المدين أي أن المدين هو وحده الذي يتحمل النتائج المترتبة على الهلاك .ومثال ذلك المبيع الذي يهلك في يد البائع قبل التسليم ، يترتب عليه انفساخ البيع بحكم القانون وتحرر المشتري من التزامه بدفع الثمن ، ويتحمل البائع تبعة هلاك المبيع .

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن تبعة الهلاك تقع على الطرف الدائن لأنه من غير المنطقي أن نحمل الطرف الثاني والذي يعد عمله تبرعيا تبعة الهلاك ، ومثال ذلك

في الوديعة بدون أجر إذا هلك الشيء المودع لسبب أجنبي ، فإن المودع لديه لا يتحمل أي التزام وتقع تبعة الهلاك على الدائن (المودع) وحده .

ثانيا: عقود المعاوضة و عقود التبرع

أ) عقد المعاوضة

هو العقد الذي يحصل فيه كل متعاقد على مقابل لكل ما يقدمه و لا يشترط أن يتساوى مقدار الأخذ مع مقدار العطاء و مثال ذلك عقد البيع .

ب) العقد بدون عوض أو عقد التبرع

للإشارة فإن المشرع الجزائري وكما سبق القول لم يشر إلى هذا النوع من العقود كما فعل المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1105 ق م ف قبل تعديل 10 فيفري 2016 والتي تحولت الى نص المادة 1106 فقرة 02 . ولكن هذا لا يعني خلو التشريع الجزائري من هذا النوع من العقود حيث جاء القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة والمعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 05- 09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005 . محتويا على أحكام عقد الهبة والتي تمثل أهم عقد من عقود التبرع من خلا المواد 202 إلى غاية 212 .

ويعرف عقد التبرع بما يلي هو عقد لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين أي شيء بل ما يقدمه هو تبرع منه ، وهو ما جعل بعض الفقه يسميها بعقود الإحسان[1] . وعقد المعاوضة أيضا ينظر إليه من جانب القيمة المالية التي يتحصل عليها كل متعاقد جراء تنفيذ التزامه .لأنه في بعض الأحيان يلجأ المتعاقدان في عقود التبرع إلى التحايل على القانون بجعل هذا النوع من العقود قريب من عقود المعاوضة وذلك بتقرير مقابل رمزي لصالح المتعاقد المتبرع .

---

[1]- جاك غستان ، المطول في القانون المدني – تكوين العقد - ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ،بيروت ، لبنان ، ص35.

وذلك للتهرب من تطبيق أحكام عقود التبرع ، غير أن القاضي في حالة اكتشاف ذلك عليه أن يعيد تكييف العقد وإعطائه الوصف الصحيح وبالتالي تطبيق الأحكام الخاصة به ومثال ذلك أن يحاول المتعاقدان إخفاء عقد الهبة في عقد البيع وذلك بتقرير مقابل يأخذه الواهب وذلك ليحل محل الثمن في عقد البيع غير أن هذا الثمن يكون صوري[1] لا يعتد به ويكون في حكم العدم. وفي الأخير لا يمكن أن نفهم عقد التبرع على أساس أنه عقد هبة فقط أين يخرج الشيء المتبرع به من ذمة مال صاحبه ، فقد يكون أيضا عقد تفضيل وهنا لا يقدم المتبرع شيء من ماله ولكنه يقدم خدمة أو منفعة كالعارية والوديعة بدون أجر والكفالة.

ج) أهمية التقسيم :

تعود أهمية التقسيم إلى ما يلي :

1- الأصل أن شخصية المتعاقد لا تؤخذ بعين الاعتبار عادة في عقود المعاوضة .

واستثناء منه تؤخذ شخصية المتعاقد في الاعتبار في حالات معينة كما لو كان المتعاقد معه طبيبا أو فنانا معينا أو مغنيا معينا أما عقود التبرع تتم لأشخاص معينين بالذات ويترتب على ذلك أن لغلط في شخص المتعاقد في عقود المعاوضة لا يؤخذ في الحسبان على عكس الغلط في عقود التبرع الذي يعد جوهري .لأن الواهب لا يهب إلا لاعتبار شخصي [1] .

2- تسمح المادة 192 ق.م في الطعن في عقود التبرع عن طريق الدعوى البولصية حتى في الحالات التي يكون فيها للمتبرع له نية حسنة في حين لا يمكن الطعن في عقود المعاوضة إلا إذا صدر عن المدين غش و كان الطرف الآخر قد علم بذلك .

---

[1]- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ،المرجع السابق ، ص18.

3- تكون مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المعاوض و نذكر على سبيل المثال عند تقدير مسؤولية المودع لديه في الوديعة المجانية، حيث يرجع القاضي إلى العناية التي يبذلها المودع لديه في حفظ ماله الخاص بينما في الوديعة بأجر يعتمد القاضي على عناية الرجل المعتاد أي سلوك مجرد من المميزات الشخصية للمودع لديه .وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 592 ق م بقوله" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله .

وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد. "

4- يخضع عقد التبرع لشروط أكثر صلابة فيما يخص أهلية التعاقد أثناء مرحلة التكوين فهي تتطلب أهلية كاملة على عكس عقود المعاوضة يكفي لانعقادها أهلية ناقصة وترتب آثارها بصورة عادية وحيث أن عقود المعاوضة هي عقود دائرة بين النفع والضرر ، فإنها تبقى قابلة للإبطال إذا تمسك القاصر بحقه في إبطال العقد خلال مدة من الزمن يحددها القانون .

ثالثا : العقد المحدد و العقد غير المحدد

أ) العقد المحدد

تعرض المشرع للعقد المحدد في الفقرة الأولى من المادة 57 ق.م ، حيث جاء فيها " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له....." و هنا نجد أن هناك خلط بين العقد المحدد و العقد التبادلي الذي سبق الحديث عنه .و لكن ما يهمنا أو يجب معرفته أن العبرة في العقد المحدد هي بعلم كل متعاقد وقت التعاقد بالمقدار الذي يعطيه و المقدار الذي يأخذه بمقتضى هذا العقد أي أن يكون مقدار الالتزامات و الحقوق محددا و معينا بصفة نهائية وقت انعقاد العقد (كعقد البيع) .

ب) العقد الاحتمالي

أو ما يطلق عليه عقد الغرر و الذي تناولته المادة 57 أيضا بقولها :

" إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل وحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر " و من أمثلة هذه العقود هي القمار و الرهان

و المرتب مدى الحياة و عقد التأمين .

و هي عقود متوقفة على حوادث مستقبلية غير محققة الوقوع و غير معلومة التاريخ الذي بعد غير محقق ، كما أن حظ الربح و الخسارة هو عنصر من عناصر العقد الاحتمالي ، مثال المؤمن لا يعرف ما الذي سيستقيد منه ، و يجب التفرقة بين العقد الاحتمالي و العقد الشرطي كالعقد المعلق على شرط واقف أو فاسخ .

ج) أهمية التقسيم

استبعاد تطبيق أحكام الغين في العقود الاحتمالية .لأن تطبيق أحكام الغبن مبني على معيار حسابي يصعب إعماله في العقود الاحتمالية ، لعدم قدرة المتعاقدين على تحديد قيمة العقد .

الفرع الثاني :التقسيم الفقهي للعقود

خوض المشرع في تقسيمات العقود لم يكن موفقا ، وجاء ناقصا ولم يأخذ في الحسبان مجموعة أخرى من التقسيمات المهمة والتي حاول الفقه القانوني تكملتها ، من خلا اعطاء تقسيمات أخرى ، لها عدة فوائد من الناحية العملية ، سنحاول ابراز أهمها.

أولا : تقسيم العقود من حيث التكوين

تنقسم العقود من حيث التكوين إلى ثلاثة أنواع هي على النحو التالي : عقود رضائية ، عقود شكلية وعقود عينية

أ: العقد الرضائي

هو العقد الذي ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المشتركة سواء كان التعبير عن هذه الإرادة حركيا أم شفهيا أم كتابيا ، فالعبرة بحدوث الاتفاق بين الإراديتين لا بالطريقة التي يتم بها وعليه فهذا النوع من العقود يحتوي على ثلاثة أركان فقط وهي التراضي المحل والسبب .

ب: العقد الشكلي

وهو العقد الذي يشترط انعقاده إضافة إلى الأركان سابقة الذكر(تراضي ، محل ، سبب) شكلا معينا أو احترام شكلية معينة . حيث تعد هذه الشكلية ركن من أركانه [1] .

وللشكلية في العقد بصفة عامة صور عديدة فقد تكون كتابة رسمية أو عرفية وقد تتمثل في استعمال صيغة معينة للتعبير عن إرادة الطرفين وقد تتطلب حضور الشهود أو أي إجراء شكلي أخر يصحب التراضي .

ولكن يجب أن ندرك أن الشكلية التي تعد ركن لانعقاد العقد هي الرسمية أي الكتابة الرسمية وهي الكتابة التي نصت عليها المادة 324 و324 مكرر من القانون المدني وكرسها القرار الصادر عن هيئة الغرف المجتمعة بتاريخ 21فيفري 1997 ، أما باقي الإجراءات الشكلية فهي تختلف من إجراءات معدة للإثبات كما هو الحال في الكتابة المعدة للإثبات والمنصوص عليها في المادة 333 من القانون المدني ، أو في حضور الشهود وهو إجراء يلجأ إليه لإتمام الرسمية التي تعد ركن في العقد لأن وظيفة الشهود هي الإثبات وليس الانعقاد والفرق شاسع بين الوظيفتين أما الصيغة فهي أمر متعلق بالإيجاب والقبول أي أنها أمر متعلق بركن التراضي وليس الشكل .

ج:العقد العيني

---

[1] - راجع القرار الصادر عن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 18 فيفري 1997 في الملف رقم136156، وراجع أيضا المواد 324 مكررا1 و 418 من القانون المدني .

وهو العقد الذي يتطلب في انعقاده زيادة على التراضي ، تسليم الشيء محل العقد وما لم يتم هذا التسليم لا ينعقد العقد ومثال ذلك عقد العارية .

ثانيا: تقسيم العقود من حيث التنفيذ

يميز الفقه الحديث بين العقود من حيث تنفيذها إلى عقود فورية وعقود زمنية

أ: العقد الفوري

هو عقد تحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر زمن تنفيذها فتنفذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور وحتى إذا تأخر تنفيذها إلى أجل أو إلى آجال متتابعة تحدد بإرادة المتعاقدين المحضة فإنها لا تخرج عن إطار العقد الفوري ومثال هذه العقود عقد البيع لان تأجيل تنفيذ العقد اختياريا أو إجبارا لا يؤثر على طبيعته بل يظل عقدا فوريا لأن تدخل عنصر الزمن فيه كان بصورة عرضية لا تأثير له لا على مقدار الالتزامات ولا على مقدار الشيء المبيع [21].والتطبيق العملي لهذه الحالة يتمثل في عقد البيع بالتقسيط ، فهذا النوع من البيوع على الرغم من أن تنفيذ الالتزامات فيه يستغرق مدة من الزمن إلا أن ذلك لا يجعل منه عقدا زمنيا .

ب: العقد الزمني

وهو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهري أو أساسي حيث يعتمد عليه في قياس التزامات المتعاقدين أو محل العقد ومثال ذلك عقد الإيجار وعقد العمل وهي عقود يستمر تنفيذها دوما مدة من الزمن .

ج: أهمية التقسيم

تكمن أهمية التقسيم في النقاط الآتية :

---

[1]-أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط 98 ، ص19.

1- الفسخ لا يكون بأثر رجعي في العقود الزمنية ولا تنسحب آثاره إلى الماضي بل يرتب آثاره بالنسبة للمستقبل فقط أما في العقود الفورية فإنه يشمل الماضي والمستقبل على حد سواء .

2- قابلية المراجعة في العقود الزمنية (مراجعة بدل الإيجار م...ق م – مراجعة العقد في حالة الظروف الطارئة 107- مراجعة الأجر بالنسبة للعامل)

3- توقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن لا يؤثر على مقدار الالتزامات بينما العكس في العقود الزمنية حيث أن العمال إذا ما شب حريق في المصنع الذي يعملون به سيؤثر ذلك على أجرهم بسب قلة عملهم.

4- إذا كانت المدة غير محددة في العقود الزمنية يمكن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة .

ثالثا: تقسيم العقود من حيث المساواة بين المتعاقدين

تنقسم العقود وفق هذا التقسيم إلى عقود مساومة وعقود إذعان .

أ: عقد المساومة

ويسمى هذا النوع من العقود بعقود التراضي[1] هو عبارة عن النموذج التقليدي للعقود حيث تتساوى حرية الأفراد في وضع بنود العقد ومناقشة شروطه بمعنى كل طرف بإمكانه التفاوض والمناقشة في مضمون العقد .ومن الأمثلة على ذلك عقد البيع والإيجار والمقايضة .

ب: عقود الإذعان

ويسمى هذا النوع من العقود بعقد الموافقة أو العقد المفروض .

وهو عقد فيه طرف قوي يملي شروطه وطرف ضعيف ليس له الحق في مناقشتها ولكن لهذا الأخير الحق في قبول هذا العقد أو رفضه وترجع هذه السلطة عادة إلى

[1]- د سليمان بوذياب ،مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، مصر، ص 108.

احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي .وبالتالي لا يمكن القول أن هذا النوع من العقود يتم بإرادة طرف واحد هو الطرف القوي ،ولكنها عقود تتم كغيرها من العقود بتوافق الإراديتين ولكن كل ما في الأمر أن مجال عمل إرادة الطرف الضعيف يتوقف عند قبول العقد أو رفضه دون أن يتعدى إلى القدرة على مناقشة شروطه .

ج: أهمية التقسيم

يمكن للقاضي في عقود الإذعان دون عقود المساومة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء المذعن من تنفيذه بعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجابا جديدا ، في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان .يكون تأويل العبارة الغامضة لصالح الطرف المذعن دائنا كان أو مدين (الدائن بالتعويض لشركة التأمين

رابعا : تقسيم العقود من حيث الأحكام

تقسم العقود من هذه الزاوية إلى عقود مسماة و عقود غير مسماة .

أ: العقود المسماة

هو العقد الذي تولى المشرع تسميته و تعريفه و تنظيم أحكامه مثال ذلك عقد البيع .

ب: العقود غير المسماة

هي العقود التي لم يتطرق لها المشرع في نصوصه مثل : عقد النشر ، عقد الفندقة ... الخ

ج: أهمية التقسيم

في العقود المسماة يجب العودة للقواعد التي تنظم كل عقد أما في العقود غير المسماة نعود للقواعد العامة .

بالإضافة إلى هذه التقسيمات يضيف بعض الفقه تقسيم أخر وهو عقود بسيطة وهي التي تحتوي على أحكام عقد واحد مثل البيع والإيجار وعقود مركبة وهي التي تحتوي على أركان أكثر من عقد ومثال ذلك عقد الفندقة

فعقد الفندقة يحتوي على أحكام أكثر من عقد فهو يحتوي أحكام عقد الإيجار للغرفة وعقد وديعة للأمتعة وعقد بيع للوجبات ...الخ من العقود التي يمكن أن تنطوي تحت هذا العقد .

المبحث الثاني : أركان العقد (الشروط)

يمكن أن نقسم حياة العقد إلى مرحلتين رئيسيتين مرحلة التكوين ومرحلة ثانية قد تكون مرحلة تنفيذ العقد وترتيب آثاره أو قد تكون مرحلة لزوال العقد وانحلاله قبل ترتيبه لآثاره أو قبل الانتهاء من ترتيبها بشكل كلي .وإن تحديد طبيعة المرحلة الثانية يتوقف على مدى النجاح في إنجاز المرحلة الأولى ، لأنه إذا تم تكوين العقد بشكل صحيح فإن ذلك سيكسبه قوته الإلزامية ويكون بمثابة شريعة للمتعاقدين يعملون على تنفيذه وفق ما اشتملت عليه بنوده .

وللحصول على عقد سليم قابل للتنفيذ وترتيب الآثار بالشكل الذي يريده المتعاقدين لا بد من توفير أركانه أولا ، هذه الأركان التي يحصرها بعض الفقه في ركن التراضي فقط على اعتبار أن التراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وللالتزام ركنان هما المحل والسبب [1]، بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن للعقد ركنان هما التراضي والسبب على اعتبار أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد والحديث عن محل العقد فيه تجاوز لأن العقد في رأيهم [2] ليس له محل وإنما يرتب آثار تتمثل في إنشاء التزامات وهذه الأخيرة هي التي لها محل .ولكن أغلبية الفقهاء اعتبروا أن التراضي

1- أنور سلطان ، المرجع السابق ،ص 23.

2 - أخذ بهذا الرأي كل من الأستاذ علي علي سليمان والأستاذ عبد الرزاق السنهوري والأستاذ سليمان مرقص.ويقول أيضا في هذا الصدد الأستاذ سمير عبد السيد تناغو" المحل ركن في الالتزام ،ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام العقدي لأن محل الالتزام غير العقدي يتولى القانون تحديده .ولذلك يدرس محل الالتزام كركن من أركان العقد" . راجع/ القانون والالتزام للمؤلف والصادر عن دار المطبوعات الجامعية ،ص 19 .

والمحل والسبب هم أركان العقد الرضائي وأن الشكل هو ركن رابع يضاف إلى هذه الأركان لتكوين ما يعرف بالعقد الشكلي .

وسنحاول أن نتناول بالتفصيل هذه الأركان ، بداية بركن التراضي مرورا بركني المحل والسبب وانتهاء عند ركن الشكل .

المطلب الأول : شروط العقد (الأركان)

استعمل القانون المدني الجزائري عبارة " **شروط العقد** "ضمن القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني المعنون بـ" **الالتزامات والعقود** " وهو بذلك خالف ما هو موجود في القانون المدني المصري الذي استعمل في نفس الموضع عبارة " **أركان العقد** " وفي الحقيقة أن المشرع الجزائري اتبع ماهو موجود في القانون الفرنسي قبل تعديل 2016 والذي جا فيه:

-Des condition essentielles pour la validité des conventions

وبالتالي ورد في القانون الفرنسي لفظ الشرط ولكن في المقابل تم اقرانه بصحة الاتفاقيات وليس بانعقادها وهو أمر مقبول إلى حد ما والمشرع الجزائري قلد القانون المدني الفرنسي بشكل سيء وكان من المفروض أن يأخذ العنوان بأكمله أو يستعمل لفظ ركن الذي جاء به المشرع المصري.

في التعديل الأخير من القانون المدني الفرنسي تم استبعاد هذا العنوان الذي وقع مباشرة قبل نص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي وتم استبداله بعنوان جديد هو " la formation du contrat " أي تكوين العقد جاء بعده عنوان فرعي هو " la conclusion du contrat " أي انعقاد العقد وهنا تم الحديث عن مراحله وبالأخص مرحلة المفاوضات التي تم استحداثها بمقتضى تعديل 2016. ثم تقديم الايجاب والقبول ثم

الحديث عن عقد التفضيل والوعد بالتعاقد ثم الحديث عن خصائص العقود المبرمة بالطريق الالكتروني .

ثم العنوان الفرعي الثاني : " la validité du contrat " أي صحة العقد حيث ورد في المادة 1128 مايلي :

يستلزم لصحة العقد :

1- تراضي الأطراف
2- الأهلية بالنسبة للمتعاقدين
3- مضمون قانوني ومؤكد وهنا تم التراجع عن فكرة المحل والسبب

العنوان الفرعي الثالث : " la forme du cotrat " أي شكل العقد وجاء العنوان الفرعي الرابع كما يلي :" les sanctions " أي الجزاءات المترتبة عن عد الصحة وهي البطلان nullité و الانعدام caducité ومن خلال ما سبق فالمشرع الفرنسي في المادة 1186 استعمل لفظ ركن" éléments" ولم يستعمل لفظ الشرط" condition ".

وهنا السؤال المطروح مالفرق بين الشرط والركن من الناحية القانونية . وإجابة عن هذا السؤال يمكن أن نميز بين المصطلحين على النحو التالي:

الركن والشرط كلاهما من متطلبات قيام العمل أو المفهوم ولكنهما يختلفان من عدة نواحي يمكن أن نوضحها فيما يلي:

فالركن يعرف في اللغة بأنه: " أحد الجوانب القوية التي يستند إليها الشيء ويقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء[1] "، ويعرف الركن في اصطلاح الفقهاء بأنه: ما يتوقف عليه

[1]- حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقهاً وقضاءً، دار الآفاق العربية،مصر ، 2001، ص95.

وجود الشيء وكان جزءًا من حقيقته. فالرضا والمحل والسبب كلها أركان متطلبة لقيام العقود.

ويكمن الفرق بين الشرط والركن في أن الركن يعتبر جزء من حقيقة الشيء المشروط أو ماهيته، بينما يعتبر الشرط خارجا عن ماهية الشيء المشروط وحقيقته وليس جزءًا منه، ويترتب على ذلك حصول خلل في الماهية إذا وقع خلل في ركن من الأركان، أما إذا حصل خلل في شرط من الشروط فيترتب على ذلك حصول خلل في أمر خارج عن حقيقة الشيء وهو الوصف.

المطلب الأول :التراضي (الرضا)

ما يلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد جارى القانون المدني المصري في خطأه فسمى التراضي بالرضا وهذا غير سديد لأن الرضا يصدر من جانب واحد بينما التراضي يكون من جانبين وهو ما انصرف إليه قصد المشرع ، أي أن التراضي كركن في العقد يصدر من طرفين مختلفين [1].

ولقد نصت المادة 59 ق م على مايلي يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين (والأصح ارادتيهما) دون الإخلال بالنصوص القانونية .وهذا النص يقابله نص المادة 89 من القانون المدني المصري" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ،مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" .

[1]- الأستاذ علي علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 65.
- تسمى العقود الرضائية بالعقود التوافقية .
- إن مبدأ الرضائية كان مبدأ مفروضا لدرجة أن واضعي القانون المدني الفرنسي لم يرو ضرورة لتأكيده صراحة .

يتضح من نص المادة 59 م ج أن التراضي يتم بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما في إطار شروط معينة (توفر الأهلية .مطابقة الإيجاب للقبول).

وتعد الإرادة ضمن هذا الاتفاق عنصر جوهري لا بد من دراسته بمزيد من التفصيل.

الفرع الأول : مفهوم الارادة وكيفية التعبير عنها

أولا: تعريف الإرادة

هي عبارة عن ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن الحي المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و اعتبارات معقولة ، مما يستدعي وجود الإدراك و حسن التدبير عند صاحب الإرادة و إن كانت للإرادة عدة صور فإن الصورة التي يعتد بها القانون هي الإرادة الجدية ، و هي التي تصدر من شخصية قانونية مؤهلة وترغب في إحداث آثار قانونية .بعيدا عن كل إرادة هازلة أو مجاملة [1] أو متعلقة بمحض المشيئة[2] أو مقترنة بتحفظ ذهني .

ثانيا : أنواع الارادة

تمر الإرادة كظاهرة نفسية بالعديد من المراحل بداية من مرحلة التصور والتدبر مرورا بمرحلة الحسم واتخاذ القرار وصولا عند المرحلة النهائية وهي مرحلة التعبير عنه فإذا ما وصلت الإرادة إلى هذه المرحلة الأخيرة فإنها تصبح ظاهرة اجتماعية بعدما كانت ظاهرة نفسية[3] . ولكن قد يحدث هناك خلل في هذه العملية بأن لا تتطابق الإرادة كظاهرة نفسية وهي الإرادة الباطنة مع الإرادة كظاهرة اجتماعية وهي

---

[1]–محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام ، مرجع سابق، ص 24.
– ويقول في هذا الصدد الدكتور حمدي عبد الرحمن أن اتفاق النقل المجاني ما هو إلا عمل من أعمال المجاملة لا يقصد به إنشاء التزام قانوني، وبالتالي لا يقصد منه تحمل التزام قانوني .

[2]– ويقول في ذلك الأستاذ علي فيلالي هي إرادة لا تنتج آثارها وقت صدورها ، ولكن ذلك يتوقف على الرغبة المستقبلية لصاحبها كأن يقول أبيع بيتي إذا أردت .

[3]– راجع سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، 34 .

الإرادة الظاهرة .وهنا يطرح السؤال التالي : أي الإراديتين يعتد بها ؟ وأيهما يرتب آثاره القانونية ؟

ولللإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتين فقهيتين ، إحداهما اعتنقتها المدرسة الفرنسية وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة والأخرى اعتنقتها المدرسة الألمانية والتي تأخذ بالإرادة الظاهرة .

أ : نظرية الإرادة الباطنة

وهي نظرية مصبوغة بالنظرة الذاتية التي ميزت المدرسة الفرنسية ،وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس البشرية ، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا قرينة بسيطة لدلالة عليها وهي قابلة لإثبات العكس .فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتقق مع الإرادة النفسية. فعلى القاضي هنا أن يبحث في نفسية المتعاقد الذي صدر منه التعبير لاستخراج الإرادة الحقيقية وله **في ذلك كل السلطة التقديرية** .

ب : نظرية الإرادة الظاهرة

هي نظرية مصبوغة بالنظرة المادية التي ميزة المدرسة الجرمانية ، وهي تعتد بالإرادة الظاهرة بمعنى أن التعبير عن الإرادة ينتج آثاره بمجرد انفصاله عن صاحبه بغض النظر عما كانت تنصرف إليه نية هذا الأخير . فالعبرة عندهم بالمظهر الخارجي للإرادة بعيدا عن نفسية الأشخاص ، وذلك من أجل استقرار المعاملات .

ثالثا : كيفية التعبير عن الإرادة

تنص المادة 60 ق م على ما يلي : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا "

أ/ التعبير الصريح عن الإرادة

فإرادة المتعاقدين لا بد أن تأخذ مظهرا خارجيا حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر ، و يتمثل هذا المظهر الخارجي إما في الألفاظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا و إما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصد الإدارة ، و في هذه الحالات الأربع تكون الإرادة صريحة .

الحالة الأولى : التعبير بالألفاظ

الأصل في التعاقد هو أن يتم بالألفاظ لأنها الأكثر تعبيرا عما يريده الإنسان لأنها تعكس حالته النفسية مما يمكننا من معرفة انفعالاته وميولاته على عكس الأحرف المكتوبة والتي هي عبارة عن أحرف مادية عقيمة ميتة تقل قيمة التعبير فيها عن قيمة الألفاظ[1] إلى درجة أن هناك من لا يعترف بها كوسيلة للتعبير في بعض العقود كما هو الأمر بالنسبة لفقهاء الشريعة والذين يرو عدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج .

وحتى تؤدي هذه الألفاظ دورها في عملية التعاقد يجب أن تكون مفهومة وواضحة لدى كل من المتعاقدين .

ويستوي أن يكون التعبير بالألفاظ وجها لوجه أو بواسطة رسول غير موكل .

الحالة الثانية : التعبير بالكتابة (بالحرف)

وهو التعبير الذي تحل فيه الكتابة والأحرف محل اللفظ لنقل الإرادة من مظهرها النفسي إلى مظهرها الاجتماعي وهو المظهر الذي يدخلها ضمن دائرة القانون

1- وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 275 .

.والكتابة التي نصت عليها المادة 60 تكون في مرحلة متقدمة من حياة العقد ، وبالتالي لا يمكن أن نتصور هذه الكتابة إلا حاملة إيجابا أو قبولا لا أكثر ولا أقل وينتهي دورها عند تنفيذ هذه المهمة وهي صالحة لأن تتم بأي طريقة كانت و يستوي أن تكون هذه الكتابة بخط اليد أو بالآلة الراقنة وباللغة العربية أو بأي لغة أخرى يفهمها الأطراف ويستوي أيضا أن تتم على الورق أو على أي سطح آخر يصلح للكتابة ولو كان سطح الماء أو الرمل[1] .وتكون هذه الكتابة إما موجهة لشخص معين في شكل خطاب أو مجموعة من الأشخاص في شكل إعلانات .وكون هذه الكتابة تتم في مرحلة متقدمة قد لا تنتهي إلى إبرام العقد أصلا كما لو كان الرد على الكتابة الحاملة للتعبير سلبيا وهو ما يعني أنه لا مجال للحديث عن الكتابة الرسمية أو العرفية والتي تأتي في مرحلة لاحقة لهذه المرحلة .

الحالة الثالثة : التعبير بالإشارة المتداولة عرفا

لقد اعتاد الناس على التواصل فيما بينهم باستعمال إشارات معينة ، فمثلا هز الرأس عموديا يعني الموافقة أما هزه أفقيا فيدل على عدم الموافقة ،أو أن يتم ذلك عن طريق تحريك إصبع اليد بشكل أفقي تعبيرا على الرفض والإشارة المتداولة عرفا قد تكون هي الأصل وهي لغة التخاطب والتعبير عن الإرادة كما هو الحال بالنسبة للبكم (الذين لا يتكلمون) .وكذلك في بعض أوساط التجارة ، كما هو الحال في البورصة حيث تستخدم إشارات معينة بدلالات متعارف عليها أو في بعض البيوع التي تجري بالمزاد العلني [1] وبالتالي فإن مثل هذه الإشارات صالحة لإبرام العقد .

الحالة الرابعة : اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المقصود منه

وتتحقق هذه الحالة عندما يكون الموقف المتخذ كاشف بوضوح وبطريقة مباشرة عن

---

[1]– وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 276 .

[2]–حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 140.

مقصد صاحبه من اتخاذ هذا الموقف .وحتى يتحقق ذلك لا بد من وجود فعل إيجابي ، مثال ذلك أن عرض السلع في واجهة المحل مرفوقة بأثمانها[1] يدل على أن صاحبها يقصد بيعها وكذلك توقيف صاحب سيارة الأجرة السيارة في المحطة يدل على أن صاحبها يقصد إبرام عقد نقل . و يقوم هذا الموقف مقام الإرادة الصريحة

ب : التعبير الضمني عن الإرادة يكون في حالة اتخاذ موقف لا يكشف بذاته[2] عن مضمون الإرادة واتجاهها، إذ أنه يحتمل معاني كثيرة لا يرجح أحدها على الآخر إلا بمرجح ، يكون عبارة عن ظرف معين يدل على وجود هذه الإرادة واتجاهها إلى معنى محدد[32] . فمن يبيع شيئا مملوكا لغيره لا يكشف تصرفه بذاته عن اتجاه إرادته ولكنه عندما يتخذ هذا الموقف بعد أن عرض عليه المالك الحقيقي أن يبيعه هذا الشيء وسلمه إليه ، فإن تصرفه يعني تعبيرا عن إرادته في الشراء وهو تعبير ضمني يستنتج من قيامه بالتصرف في الشيء تصرف

المالك .

ملاحظة :

أولا : التعبير الضمني عن الإرادة غير قاطع الدلالة على المقصود فيجوز إثبات عكسه

ثانيا : لا يعتد بالتعبير الضمني إذا اشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا م 505 ق.م (تنازل عن الإيجار ، إيجار في الباطن) كما يمكن للأطراف أيضا اشتراط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا عملا بالمبدأ القائل العقد شريعة المتعاقدين .

ج: إمكانية اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة

---

[1]-خليل أحمد حسن قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع . ديوان المطبوعات الجامعية ، ص28.

[2]- وهنا يكمن الفرق بين الحالة الخامسة سالفة الذكر والتي تعد تعبيرا صريحا عن الإرادة وبين هذه الحالة والتي يعد التعبير فيها تعبيرا ضمنيا لأن الموقف المتخذ في هذه الأخيرة بحاجة إلى الاقتران بظروف أخرى حتى يتبين مدلوله .

[3]- حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ،ص 142.

إن التساؤل الذي يطرح في هذا الموضع هوً هل السكوت دليل عن الإرادة ؟

أول ما يمكن قوله أن هذا التساؤل لا يطرح بصدد الإيجاب لأنه من المستحيل أن يكون السكوت إيجابيا . و إنما يعرض هذا التساؤل بمناسبة القبول . و لكن قبل الحديث و الإجابة عن هذا التساؤل نحاول أولا أن نحدد مفهوم السكوت ثم نميز بينه وبين التعبير الضمني عن الإرادة الذي سبق الحديث عنه .

أولا السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة وهو قد يكون ساكنا في ظاهره وباطنه ، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه ويدعى عندها بالسكوت المجرد .وقد يكون ساكنا في ظاهره ، متجها لإحداث أثر ما في باطنه ويدعى هنا بالسكوت الملابس وهذا الأخير هو الذي يمكن الاعتداد به في التعبير عن الإرادة [1].

فالتعبير الضمني موقف إيجابي يفيد معنى معين سواء كان إيجابا أو قبولا أما السكوت باعتباره موقفا سلبيا فالأصل فيه عدم الصلاحية للتعبير [1] فلا يدل على قبول و لا على رفض لأن القاعدة الفقهية تقول : لا ينسب لساكت قول .

و عليه فالسكوت في الأصل لا يدل عن التعبير عن الإرادة و لكن هناك استثناءات قد يصحب فيها السكوت باعتباره موقفا سلبيا ظروف وملابسات تحمله على معنى بذاته وقد قيل في معرض هذا الاستثناء ً السكوت في معرض الحاجة بيانً .

وقد اعتنق القانون المدني هذه الفكرة والتي أخذت بها المادة 68 منه [2]و أوردت بعض الحالات على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر . و تتمثل في ما يلي :

---

[1]–وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص264 .

[2]–حمدي عبد الرحمن ، المرجع السبق ، ص 144.

- إن أول من صاغ المبدأ في عبارة لا ينسب لساكت قول هو الإمام الشافعي رحمه الله .

3-المادة 68 من القانون المدني .

الحالة الأولى : طبيعة المعاملة أو العرف التجاري : و مثل ذلك أن تاجر الجملة يرسل البضاعة دوريا إلى تاجر التجزئة مرفوقة بثمنها . فسكوت تاجر التجزئة يعد قبولا .أو ما تقوم به المصارف بإرسال كشف دوري للحساب في نهاية كل شهر فإذا ما سكت العميل اعتبر ذلك تعبير ضمني منه بقبول ما جاء في الكشف

الحالة الثانية : اتصال الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين : مثال ذلك ما تعود عليه تجار التجزئة بإرسال طلباتهم إلى تاجر الجملة فإن سكوت هذا الأخير يعد قبولا لطلب تاجر التجزئة على اعتبار انهم سبق لهم وأن تعاملوا معه بهذا الأسلوب وهذه الطريقة .

الحالة الثالثة: إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه : ومثال ذلك سكوت الموهوب له في الهبة بدون عوض يعد قبولا منه للهبة ، لأن الهبة في هذه الحالة تصب في مصلحته الخالصة .

الفرع الثاني : تطابق الإرادتين

المقصود بتطابق الإرادتين هو ارتباط الإيجاب والقبول على وجه يفيد التطابق والتوافق .

أولا : الإيجاب

أ:تعريف الإيجاب

هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول . وحتى يكون التعبير عن الإرادة إيجابا لابد من أن يكون هذا التعبير دقيقا و محددا أي أن يتضمن الوصف الدقيق للعقد فيبين شروطه و مضمونه ، هذا من جهة و من جهة أخرى لا بد أن يكون هذا العرض بات ، أي يدل بوجه الجزم و القطع على رغبة المتعاقد في إبرام العقد بصفة لا رجعة فيها .

ب : خصائص الإيجاب

من التعريف السابق للإيجاب يمكن حصر خصائصه في مايلي :

الخاصية الأولى - أن يكون الإيجاب محدد : ومعنى التحديد أن يكون العرض المتضمن للإيجاب واضحا متضمنا العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، هذه العناصر التي تختلف من عقد إلى آخر فمثلا من عندما يقوم صاحب سيارة الأجرة بإيقاف سيارته في محطة السيارات يعد ذلك بمثابة إيجاب .ولكن في إيجابه هذا ليس مجبرا على التصريح بثمن النقل مادام الثمن الذي سيتقاضاه يمكن معرفته من دون التصريح به ، وهو بطبيعة الحال الثمن الذي تم تحديده من قبل مديرية النقل واعتاد الركاب على دفعه أثناء التنقل على نفس الخط .ولكن إذا ما تعلق الأمر بعقد بيع منقول معين بالذات فيجب على الموجب أن يحدد الشيء المبيع تحديدا نافيا للجهالة وأن يحدد الثمن وكل ما يراه جوهري لانعقاد العقد .فإذا ما وجه المتعاقد عرضا غير محدد فإن ذلك لا يتعدى أن يكون دعوة إلى التعاقد[1] وهي مرحلة تسبق الإيجاب يكون الغرض منها الدخول في التفاوض وتقديم الإيجاب من الأطراف الراغبة في التعاقد[2] .والدعوة إلى التعاقد تكون كما هو الحال في عرض البضاعة عن طريق النشرات الإشهارية سواء في التلفزيون أو في الصحف أو المجلات المتخصصة من دون تحديد واضح لعناصر العقد . أو بعرض البضاعة في المتاجر من دون إرفاقها بالثمن . أو كما يحدث أن يعلن صاحب مصنع معين عن حاجته إلى عمال للعمل في مصنعه ،فإذا ما تقدم شخص لصاحب المصنع لا يعني أن ذلك قبول يتم به العقد [1] وفي رأي أنه إذا تم العقد مباشرة بعد إبداء القبول من الطرف

---

[1]-سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ،ص 63.

[2]-علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص88 .

- ويقول الأستاذ علي فيلالي فيما يخص أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى المفاوضات على هامش الصفحة 89 من نفس المرجع أن هذه الأهمية تتمثل في الجزاء المترتب على كل منهما حيث يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه وملزما على الأخص بالعقد إذا صدر قبول لهذا الإيجاب ، في حين يجوز لكل طرف أن يتحلل من الدعوة إلى المفاوضات ، وهذا ما لم يتعسف في حقه ويسأل حينئذ مسؤولية تقصيرية .

[3]-عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، الجزء الرابع ، هامش الصفحة 47 .

الثاني كان ما وجه عبارة عن إيجاب أما إذا رجع الأطراف إلى مناقشة تفاصيل العقد من جديد وفتح باب المفاوضات ولو في جزئية واحدة كان العرض الذي وجه إلى الجمهور مجرد دعوة إلى التعاقد .وبالتالي إذا كان للإيجاب قيمة قانونية إذا تم القبول تم العقد ، فإن الدعوة إلى التعاقد ليست كذلك فبإمكان أي طرف أن يتخلى عن عملية التعاقد من دون أن يتحمل أية مسؤولية .

الخاصية الثانية- أن يكون الإيجاب بات : ومعنى ذلك أن العقد ينعقد مباشرة بعد صدور القبول من الطرف الآخر ، وفي هذه النقطة يمكن أن نفرق بين الإيجاب البات والإيجاب المعلق على شرط ففي هذا الأخير يمكن للبائع مثلا أن يحتفظ بحقه في تعديل الثمن طبقا لتغير الأسعار ، فيكون إيجابه معلقا على شرط ثبوت الأسعار .فإذا ما استقرت الأسعار صار الإيجاب بات يتم به التعاقد . أي أن الإيجاب طيلة المدة التي تكون فيها الأسعار في تأرجح يكون غير جاهزا لتلقي القبول .على عكس الأول الذي يكون فيه الموجب جاهزا لتلقي القبول فإذا ما تم ذلك انعقد العقد .

وما تجدر الإشارة إليه أن الإيجاب قد يقترن بتحفظ صريح أو ضمني من دون أن يغير ذلك من طبيعته (من كونه بات) .

ومثال الحالة الأولى أن يتحفظ صاحب الإيجاب تحفظا صريحا مفاده أن إيجابه مقترن بحجم محدد للبضائع ، أي في حدود كمية هي الموجودة لديه وفي هذه الحالة يبقى الإيجاب قائما صحيحا وملزما لصاحبه ، ويتم العقد في إطار الكمية المحددة للتعاقد .

أما الحالة الثانية والتي يكون فيها التحفظ الوارد في الإيجاب ضمنيا يستفاد من الظروف ولا يفقد الإيجاب وصفه القانوني كما هو الحال عندما يقوم أحد المتاجر الكبرى بتخفيض في سعر البضائع التي يبيعها بغية إحداث تواصل مع أكبر قدر من العملاء ، فلا يمكن أن يتم العقد مع أحد التجار الذي استغل الفرصة وحاول شراء كامل البضاعة لإعادة بيعها .وهو ما يعني عدم إلزام البائع بالتعاقد مع هذا التاجر لأن

إيجابه كان يتضمن تحفظا ضمنيا بعدم بيع البضاعة دفعة واحدة ،وهذا التحفظ يفهم من خلال الهدف الذي أراده صاحب المتجر من هذه العملية [1] وهو خلق تواصل مع أكبر قدر من العملاء .

ج- القيمة القانونية للإيجاب

المقصود بالقيمة القانونية للإيجاب قوته الإلزامية .أي هل الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن الموجب له من القبول أم لا ؟

لقد عالج القانون المدني هذه المسألة متناولا إياها في المادتين 63 و 64 ق.م في جانبين اثنين حيث تناول في الجانب الأول إلزامية الإيجاب و تناول في الجانب الثاني سقوط الإيجاب .

الجانب الأول : إلزامية الإيجاب

يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه سواء كان هذا الإيجاب مقترنا بأجل (م 63 ق.م) حيث لا يجوز العدول من هذا الإيجاب ما لم يقتضي هذا الأجل ، أو يعلن الموجب له عن رفضه . وذلك بغض النظر عن طبيعة هذا الأجل حدد صراحة أو ضمنا كأن يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة . (مدة وصول الإيجاب في تعاقد بين شخصين يسكنان مدينتين متباعدتين) ، (رؤية عقار) .

أما إذا كان الإيجاب في مجلس العقد ودون تحديد أجل (م 64) فإن هذا الإيجاب يكون قائما طالما أن مجلس العقد منعقدا ، ولكن بإمكان صاحبه أن يرجع فيه في أي لحظة وهذا النوع من الإيجاب أطلق عليه اسم الإيجاب القائم وغير الملزم .

الجانب الثاني : سقوط الإيجاب

الغرض من إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه هو تمكين الموجب له من إصدار قبوله غير أن هذا الإيجاب معرض للسقوط في حالتين :

1– حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 188 ،189 .

الحالة الأولى: حالة الإيجاب المقترن بأجل يسقط بانقضاء الأجل دون رد أو رفض الإيجاب بصراحة .

الحالة الثانية : وهي حالة الإيجاب القائم وغير الملزم وهذا النوع من الإيجاب لا يكون إلا في التعاقد ما ين حاضرين في مجلس العقد [2] وبالتالي فالإيجاب هنا يسقط في ثلاث حالات :

1- إذا رجع فيه الموجب قبل أن يقترن به القبول ، قبل انقضاء مجلس العقد .

2- إذا انفض مجلس العقد دون صدور قبول .

3- إذا رفضه من وجه إليه صراحة .

ثانيا:القبـــــول

بعد أن تم التطرق إلى الايجاب نتطرق فيما سيأتي للقبول باعتباره العنصر المكمل له في العملية.

أ:تعريف القبول

هو الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له، و لكي يعتد به لا بد من توفر بعض الشروط حيث يجب أن يكون مطابقا تماما للإيجاب أي دون حدوث زيادة أو نقصان ، أو تغيير أو تعديل ، هذا كقاعدة عامة و لكن في بعض الإستثناءات يكفي الاتفاق الجزئي وترك بعض المسائل للاتفاق عليها لاحقا . وذلك ما تضمنته المادة 65 ق.م و التي تنص على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها . اعتبر العقد منبرما .

[2]-محمد الصبري السعدي ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، ص 113.

وهذا الاستثناء له أهمية عملية خاصة فيما يخص الصفقات الكبيرة التي يستغرق إنجازها مدة طويلة و مراحل متتالية . لأنه من دون هذا الحكم يصعب إبرام مثل هذه العقود و يكون الاتفاق الجزئي منشأ للعقد وفق الشروط التالية :

أ) اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية .

ب) إثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها وتركها ليتم الاتفاق عليها لاحقا .

ج) عدم اشتراطهما أن عدم الاتفاق عن هذه المسائل التفصيلية لاحقا يمنع قيام العقد .

ب:وقت صدور القبـــول

يكون دوما مقترنا بالوقت الذي يبقى فيه الموجب ملتزما بإيجابه أي أن الوقت الذي يمكن أن يصدر فيه القبول هو وقت سريان الإيجاب .

ج : زمن اقتران الإيجاب و القبول

1- التعاقد في مجلس العقد

في حالة التعاقد بين حاضرين سواء كان حضورهما ماديا أي حقيقة و وجها لوجه أو حكما كأن يكونا في اتصال بالهاتف . ففي كلتا الحالتين يكون المتعاقدين في إطار ما يعرف بمجلس العقد . و هو تعبير أخذ عن الشريعة الإسلامية . فالأصل في هذه الحالة أن يصدر القبول فورا و بعد الإيجاب مباشرة ما دام الموجب لم يحدد أجلا للقبول ، فإذا لم يصدر القبول فورا فإن للموجب أن يرجع في إجابه و لكن استثناء من هذا الأصل أجاز القانون أن يتراخى القبول ما دام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد و منشغلين بالتعاقد و مادام الموجب باقيا على إيجابه . وهو استثناء مأخوذ عن المذهب الحنفي لأن المذهب المالكي يشترط أن يكون القبول فوريا .

1-1: مجلس العقد بالمفهوم المتعارف عليه

1-2: مجلس العقد الالكتروني

يمكن تعريف هذا المجلس بأنه المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر فيه ، كما هو الحال في العقد الالكتروني .

فالأصل أن يكون مجلس العقد مجلسا بين حاضرين ، لأن الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين ، فإذا حدث ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين غائبين سمي مجلس العقد حينئذ الذي يتم فيه التعاقد بمجلس العقد الحكمي ، وينطبق هذا الكلام على التعاقد الالكتروني ، حيث يوجد أحدهما في مكان ويوجد الآخر في مكان آخر ويتم التعاقد عبر وسيط هو شاشة الحاسب الآلي .

وخلاصة القول إن مجلس العقد الالكتروني هو ذلك المجلس الذي يجمع بين متعاقدين لا يجمعهما مكان واحد من خلال شبكة الانترنيت ، والذي يبدأ من وقت الا طلاع على الايجاب المرسل من خلال هذه الشبكة [1].

2- التعاقد بين غائبين

إذا كان المتعاقدين غير حاضرين في مجلس العقد و لا يتعاقدان عن طريق الهاتف ، بل بطرق المراسلة بالبريد أو بالبرق أو عن طريق رسول غير نائب،فإنه تثار بشأن هذه الحالة أربعة أراء لإنتاج التعبير عن الإرادة أثاره القانوني . وأن الأخذ بأي منها له أهمية كبرى في تحديد زمن انعقاد العقد و تحديد مكانه .

2-1 : الآراء المفسرة للتعاقد مابين غائبين

الرأي الأول : إعلان القبول

[1]- أسامة عبد العليم الشيخ ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، مصر، طبعة 2013 ، ص 37.

يعتبر هذا الرأي أن العقد يعتبر تاما بمجرد إعلان الموجه له الإيجاب قبوله هذا الإيجاب . وذلك لأن العقد يتم بمجرد صدور إيجاب و قبول متطابقين .

و ما يعاب على هذا الرأي أن الموجب قد يعدل عن إيجابه قبل علمه بالقبول . أو أن القابل الذي يوجه قبوله عن طريق رسالة يعدل عنه فيمزق الرسالة بعد كتابتها و قبل إرسالها . فكيف يمكن القبول في هذه الحالة أن العقد قد أبرم أو تم .

الرأي الثاني : تصدير القبول (إرساله)

مفاد هذا الرأي أن العقد ينشأ في الوقت الذي يتم فيه تصدير القبول إلى الموجب و بمعنى آخر ينعقد العقد في الوقت الذي يبعث الموجب له الرسالة التي تتضمن قبوله للموجب أو الوقت الذي يسافر فيه الرسول . ولكن لا يختلف كثيرا عن سابقه لأن المرسل قد يرسل برقية عاجلة تصل قبل الرسالة يعلن فيها عدوله عن القبول . كما أن الموجب قد يتراجع في إيجابه لعدم علمه بوقت تصدير القبول .

الرأي الثالث : تسليم القبول :

و طبقا لهذا المذهب يعتبر العقد تاما في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب ولو لم يعلم به . فإذا وضعت الرسالة البريدية في صندوق الموجب فإن العقد يكون قد تم . وما يؤخذ على هذا الرأي أن الموجب قد تصل إليه رسالة القبول دون أن يعلم به . و المهم في هذه الحالة وحتى ينعقد العقد أن يعلم الموجب بالقبول لا أن يصل إليه فقط.

الرأي الرابع : العلم بالقبول :

و طبقا لهذا الرأي يعتبر العقد تاما في الزمان و المكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل . ويعتبر وصول القبول إلى الموجب له قرينه على العلم به (الفرق) و الأخذ بهذه النظرية يساعد على استقرار المعاملات ، وما يعاب عليه أنه يمنح فرصا إضافية لتراجع الموجب له عن قبوله و هو ما يترتب عنه تأخر حدوث الآثار المترتبة

عن القبول و كذلك صعوبة إثبات وقت العلم بالقبول . وهو ما من شأنه أن يجعل الموجب له تحت رحمة الموجب .

2-2 : موقف المشرع الجزائري من فكرة التعاقد ما بين غائبين

تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 67 ق م والتي تنص على مايلي :

((يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذي يعلم الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيها القبول)) .

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اخذ بمذهب العلم بالقبول .ويترتب على اعتناق القانون الجزائري للرأي الرابع النتائج التالية :

1- بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه الذي لم يحدد له أجلا طالما أن القبول لم يصل إليه

2- يعتبر عقد بيع المنقول تاما من وقت وصول القبول إلى الموجب .

تسري المواعيد ومنها التقادم من الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب وهو أيضا نفس الوقت الذي ينظر فيه لأهلية التعاقد .

د- الموت وفقدان الأهلية أثرهما على التعبير عن الإرادة:

إن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى ولو مات صاحبه أو فقد أهليته .وعليه فإن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه مادام قد تم له الوجود الفعلي ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقد أهليته ، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة والتي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده الأهلية .وعليه فإن القانون المدني حسب نص المادة 62 منه جعل التعبير يبقى بعد موت صاحبه أو فقد أهليته .

بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهو ما يعني أن هلاك الموجه إليه التعبير أو فقد أهليته يحول دون استكمال التعبير لوجوده القانوني وبالتالي يحول دون استكمال التعبير لوجوده القانوني وبالتالي يحول ذلك دون انعقاد العقد ولفهم ذلك نعطي الأمثلة الآتية.

تنص المادة 62 على أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه ومن جهة أخرى تنص المادة 61 على التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه.

ويترتب على الجمع بين هذين المبدأين مايلي

أ)إذا صدر تعبير من الموجب ومات قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر فإن التعبير يبقى قائما وللطرف الآخر أن يقبل الإيجاب ولكن هذا القبول لا ينتج آثاره إلا إذا وصل هو أيضا إلى علم الموجب وهذا الأخير قد مات وبالتالي لا ينعقد العقد .

ب) إذا صدر القبول من الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ثم توفي بقي القبول قائما ، ومتى وصل الإيجاب إلى علم الموجب تم العقد ما لم تكن شخصية المتعاقد محل اعتبار وهنا نلاحظ أن هذه الحالة تطابق ما هو منصوص عليه من خلال نص المادتين 61 و62 من القانون المدني

ج) حالة وفاة من وجه إليه الإيجاب .أولا المادة 62 تتحدث عن الذي صدر منه التعبير وليس الموجه له ، ثانيا عدم قيام العقد لان القبول رخصة شخصية إلا إن بعض الفقه يرى أن بإمكان الورثة الحلول محل مورثهم في قبول الإيجاب.

الخلاصة :

إن التعبير عن الإرادة الذي يبقى وينتج أثره القانوني رغم موت صاحبه أو فقدان أهليته حسب نص المادة 62 ق م هو التعبير الصادر عن القابل بشرط أن لا يعلم

الموجب بموته أو فقد أهليته ويشترط أن لا يكون القابل محل اعتبار شخصي في العقدأو أن هناك بند في العقد يمنع التعاقد مع غير القابل.

و- الحالات الخاصة للتعبير عن القبول

و-1- القبول في عقود الإذعان :تنص المادة 70 من القانون المدني " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "

وهذه العقود تحتوي على طرفين أحدهما ضعيف والأخر قوي يضع الشروط ولا يقبل مناقشتها ،ويستمد قوته من احتكاره للسلعة أو الخدمة احتكار قانوني أو فعلي ومثل هذه العقود ، العقود المبرمة مع شركات التأمين وشركات التزويد بالماء وتوصيل الكهرباء .

ولقد ذهب فريق من الفقه إلى إخراجها من دائرة العقود واعتبارها مجرد نظام قانوني يختلف عن العقد [1]،لأن العقد يتطلب وجود إرادتين حرتين وهذا ما لا يتوفر في هذه الحالة . ولكن أغلبية الفقه يقول عكس ذلك . وأعتقد أنه الرأي الراجح لأن الإرادة موجودة ولكن نطاقها أضيق في عقود الإذعان وتقتصر على قبول العقد أو رفضه دون الخوض في مناقشة شروطه كما هو الأمر في عقود المساومة .غير أنه إذا وصل تأثير الإرادة الأقوى عن الإرادة الأضعف إلى حد الإكراه فإن العقد يكون قابلا للإبطال للإكراه [2].لأن عقود الإذعان لا يصل فيها الأمر إلى الإكراه فالطرف المذعن يتمتع بإرادة حرة وهو في نهاية المطاف راض ببنود العقد لأنه يدرك أنها الخيار الوحيد المتاح له .

غير أن المشرع وقف بجانب الطرف الضعيف ووفر له الحماية القانونية من خلال ما نص عليه في المادة 110 ق م والتي جاء فيها ما يلي " إذا تم العقد بطريقة الإذعان

---

[1]-محمد حسنين ،نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق ، ص32.

[2]-علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ،المرجع السابق ، ص 38 .

وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وعليه إذا ما تضمن عقد الإذعان بنود تخرج عن ما هو مألوف وتتضمن تعسفا واضحا فإن الطرف المذعن بإمكانه اللجوء إلى القضاء لطلب التعديل في هذه الشروط أو الإعفاء منها . وهنا للقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسبا سواء بالتعديل أي الإعفاء الجزئي أو بإلغائها والإعفاء منها كلية .

وفي الأخير الحماية من الشروط التعسفية مكفول بحكم القانون ومرتبط بقاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام ليس بإمكان الأطراف الاتفاق عل مخالفتها .

و-2:القبول في عقود المزايدة

تنص المادة 69 ق م ج على مايلي : " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا " .

والتعاقد بالمزاد طريقة من طرق التعاقد يلجأ إليها المتعاقدين جبرا كما هو الحال في البيوع القضائية أو اختيارا حينما تكون هي الطريقة المثلى لإبرام عقد ما ومثال ذلك لجوء الدولة إلى تأجير بعض الأماكن أو الأملاك التابعة لها .أو أن تكون هي الطريقة التي جرى العرف على اتباعها كبيع التحف الفنية في قاعات مخصصة للمزاد أو بيع الأسماك في الميناء بعد عودة المراكب من الصيد .....الخ . وهذه الطريقة تستعمل عادة في عقود البيع والإيجار والمقاولة .

ولكن السؤال الذي يرافق هذا النوع من التعاقد يتمثل في مايلي :

متى يتم الإيجاب ؟ ومتى يتم القبول ؟

فقد يظن البعض أن طرح الصفقة أو عرض السلعة في المزاد هو الإيجاب والتقدم بالعطاء هو القبول ، وهذا مجانب للصواب وبعيد عن الحقيقة .

لأن طرح الصفقة في المزاد ليس إلا دعوة إلى التعاقد وأن تلبية هذه الدعوة والتقدم بعطاء أو سعر معين هو ما يمثل الإيجاب ، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد عند آخر عطاء . وفي رأيي لفهم هذه النقطة بشكل أفضل علينا أن ننطلق من الفكرة التي تقول أن الإيجاب ليس مقتصر على متعاقد دون آخر والمبادر الأول بتقديم العرض هو الذي ينشئ الإيجاب وعليه فإن المتقدم بالعطاء في المزاد هو المبادر في عملية التعاقد ،وهنا يظهر الفرق واضحا بين الدعوة إلى التعاقد ومباشرة عملية التعاقد التي تنشئ الإيجاب أما القبول فيتحدد برسو المزاد وهو شرط إذا تحقق يفيد أن القبول قد تم وبحكم القانون إلا إذا كان هناك شرط أخر وضع مسبقا وعلمه الأطراف مفاده إمكانية سحب الشيء موضوع التعاقد إذا لم يصل المزاد إلى مبلغ معين .ومثال عن عملية البيع بالمزاد أن يعرض عقر للبيع في المزاد العلني فيتقد الشخص الأول بسعر معين ثم يتقدم شخص أخر بسعر أكبر فيسقط العرض السابق والذي كان يمثل الإيجاب ويصبح العرض الجديد بمثابة إيجاب جديد ، فإذا لم يتقدم شخص أخر بعرض أخر فإن المزاد يتوقف وتوقفه هذا يطلق عليه " رسو المزاد " وهو ما يعد قبولا يتم به العقد .

ولو افترضنا أن المزاد الثاني تقدم به شخص محرم عليه شراء هذا العقار محاميا في دائرة العقار المعروض للبيع والذي كان محل نزاع وحيث أن المحامي يدخل في دائرة الأشخاص الذين تحددهم المادة 402 ق م وتمنعهم من التعامل في مثل هذه الأموال وعلى الرغم من أن هذا العرض باطل فإن ذلك لا يغير من الأمر شيء .لأن نص المادة صريح وكل مزاد يسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا . وإن كان ليس هناك إشكال فيما يتعلق بالعطاء الباطل الذي يتبع بعطاء صحيح إلا أن الإشكال يقع حينما يرسو المزاد على العطاء الباطل وبالتالي نجد أنفسنا في ورطة هل يتم العقد مع هذا الأخير أم نعود للعطاء الذي قبله وهو الذي سقط بحكم القانون ، وفي رأي أن ما وقع يفسد عملية المزاد ككل وبالتالي نجد أنفسنا مضطرين للجوء إلى مزاد جديد .

الفرع الثالث :التراضي في المرحلة التمهيدية للعقد

قد يسبق الأطراف اتفاقهم النهائي باتفاق مبدئي يسمح لهم بالتريث وتقدير الأمور بشكل أفضل ، من أجل إبرام العقد النهائي . وفي مثل هذه الأحوال يكون التراضي أيضا مبدئي .

ويعتبر الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون أهم الاتفاقات التي تحدث خلال المرحلة التمهيدية .وهو ما سنتطرق إليه في مايلي :

أولا: الوعد بالتعاقد

هو طريقة عملية يلجأ إليها المتعاقدين من أجل تسهيل عملية التعاقد ومنح أنفسهم وقتا كافيا تمهيدا لابرام العقد وتحضير مستلزماته.

أ : تعريف الوعد بالتعاقد وتمييزه عن الايجاب الملزم

تعريف الوعد بالتعاقد أمر لا بد منه ، حتى نتمكن من تمييزه عن ما قد يختلط به من مفاهيم

1- تعريف الوعد بالتعاقد

يعد الوعد بالتعاقد مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي وهو في حد ذاته عقد[1] حيث تنص المادة 71 من القانون المدني " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ...."

والملاحظ أن صياغة هذه المادة جاءت ركيكة وغامضة .ولو عدنا لنص المادة 101 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى ، والتي تعد الأصل التاريخي لهذه المادة 71 نجدها جاءت بصيغة أوضح حيث جاء فيها مايلي " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل ..."

---

[1]- علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص 89 .

والوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية أي أنه أسلوب عملي لتحقيق قدر من الارتباط بين طرفين تمهيدا لإبرام عقد في المستقبل هذا وقد يكون هذا الوعد من جانب واحد وهو الأكثر شيوعا من الناحية العملية وانتشارا بين الأفراد المتعاقدين ومثال ذلك أن يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شرائها فورا ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب الأرض على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة .فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر وهذا النوع من الوعد يطلق عليه الوعد بالبيع.

أو أن يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع خلال مدة الإيجار وهذا ما يعرف بالوعد بالشراء والذي يقابل الوعد بالبيع في الصورة المتقدمة

أو يفتح مصرف حسابا جاريا لعميل قبل أن يقرضه شيئا فيكون هذا وعدا من المصرف عندما يريد العميل أن يقترض .

وفي جميع هذه الحالات يكون العقد ملزم لجانب واحد .غير أن الوعد قد يكون في حالات أخرى ملزم للجانبين وذلك إذا ما تبادل الطرفين الوعد (وعد بالبيع ووعد بالشراء في وقت لاحق) وفي هذه الحالة يمكن لكلاهما مواجهة الآخر بإبرام العقد النهائي خلال أجل محدد ويتحقق هذا الفرض في الحالات التي تقوم فيها موانع مشتركة تحول دون إبرام العقد في الحال ، كأن يتعلق المر ببيع عقار مملوك لناقص الأهلية ويحتاج إنجازه للحصول على إذن من المحكمة . ويسمي بعض الفقه هذا الوعد المتبادل بالاتفاق الابتدائي [1] ، وكذلك الوعد مزدوج[2] .

---

[1] - حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 213 .

[2]–رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، طبعة 2003 .ص 91 .

2-الفرق بين الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم لجانب واحد

الوعد بالتعاقد عقد يتم بإرادة الطرفين أما الإيجاب الملزم فيتم بإرادة منفردة ، فإذا مات الموعود له آل الوعد إلى ورثته ، أما إذا مات الموجه إليه الإيجاب فإنه يمتنع على الورثة القبول بدلا منه وقد نص المشرع الجزائري على حكم الإيجاب الملزم في المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

ويتشابه الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم في أنهما يجعلان تمام العـــقد

العقد متوقفا على القبول [3]

ب : الشروط الواجب توافرها في الوعد بالتعاقد

تنص المادة 71 على شروط الوعد بالتعاقد وتتمثل هذه الشروط في مايلي :

1- تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه : والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد [1]. فإن كان بيعا وجب على الطرفان الاتفاق المبيع والثمن وكل الأمور الهامة التي يرونها ضرورية لتمام هذا العقد .

وإن كان هذا العقد عقد شركة يجب الاتفاق على الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه هذه الشركة وعلى حصة كل شريك ومدة قيام هذه الشركة إلى غير ذلك من المسائل التي يراها الأطراف جوهرية . والملاحظ أن القانون لم يحدد المسائل الجوهرية في العقد وترك ذلك للأفراد لأنهم أدرى بشؤون أنفسهم ، وإن حدث هناك اختلاف فالسلطة التقديرية للقاضي هي الفصل .

2- المدة التي يجب أن يبرم فيها : وتعيين المدة شرط ضروري لانعقاد الوعد بالتعاقد ، ويكون تعيين المدة صريحا وذلك بالاتفاق على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، أو ضمنا كما هو الأمر بالنسبة للعقود التي تصبح غير مجدية بعد فوات مدة محددة أو كما هو

---

[1]–محمد حسنين ، المرجع السابق - نظرية الالتزام بوجه عام- ، ص30 .

[2]–عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 269 .

الحال بالنسبة للمستأجر الذي حصل على وعد ببيع العين المؤجرة فإذا لم تحدد مدة الوعد صراحة تكون مدة الإيجار هي المدة المعتمدة لذلك[2]. .

3- تمام الوعد بالتعاقد في نفس الشكل الذي يجب أن يتم فيه العقد النهائي: بما أن الوعد بالتعاقد عقد كباقي العقود فإن الأصل فيه هو الرضائية واستثناء أن يكون شكليا ، وذلك في الحالة التي يكون فيها العقد المتواعد على إبرامه عقد شكلي كما هو الحال في البيع العقاري أو الرهن الرسمي .وعليه لا بد أن يصب عقد الوعد في الشكل نفسه الذي يصب فيه العقد النهائي أي العقد موضوع الوعد ، وإلا بطل الوعد وامتنع معه مطالبة الواعد بتنفيذه عينا أو اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ يقوم مقام العقد[3] .

وبالإضافة إلى ذلك فلا بد من توفر أهلية التعاقد للشخص الواعد وقت إطلاق الوعد ولا يهم إن كان كذلك وقت إبرام العقد أم لا. أم الشخص الموعود له فيجب أن يتمتع بالأهلية وقت قبوله الوعد وتكفيه أهلية التمييز وقت الوعد لان الوعد تصرف نافع.

4- **شهر الوعد بالتعاقد** : تنص الفقرة الثانية من المادة 71 من ق م على مايلي:" اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا في الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

كلمة تمام العقد تنقصها الدقة القانونية والأصح لإبرام العقد ، لسبب بسيط هو أن موقع النص يقع ضمن الجزء المتعلق بإبرام أو تكوين العقد ، ولهذا فالأقراب إلى الصواب فإن الشكل المقصود هنا هو الشكل المباشر المتمثل في الكتابة الرسمية .ولكن هناك وجهة أخرى معاكسة بخصوص هذه النقطة حيث أن المشرع الجزائري استعمل ضمن نص المادة مصطلحين مختلفين ، فاستعمل مصطلح الإبرام في الفقرة الأولى

---

[1]- خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ،ص37 .

[2]- د أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 79.

المتعلقة بتكوين العقد واستعمل عبارة تمام العقد في الفقرة الثانية ، حيث أن عبارة تمام العقد في رأيي أشمل من عبارة انعقاد العقد لأن تمام العقد يعني الابرام والتنفيذ في آن واحد واذا أخذنا الأمور بهذا المنطق ، خاصة أن المشرع استعمل أيضا لفظ الشكل والذي يدخل تحته الشكلية المباشرة وغير المباشرة ، فإننا نستطيع القول أن المطلوب هو كتابة الوعد بالتعاقد كتابة رسمية وشهره أيضا في المحافظة العقارية لاستفاء الشكلية بمعناها الواسع.

وبغض النظر عن ماسبق قوله فالسؤال المطروح هل الوعد بالتعاقد الوارد على عقار يشهر أم لا ، حيث لاحظنا أن هناك من يقول الوعد بالبيع يسجل فقط والبعض الآخر يقول يشهر فيما يعتبر البعض الآخر أن مسألة شهر الوعد بالبيع مسألة غير واردة لكون هذا الأخير حق شخصي وأن الشهر يقتصر فقط على الحقوق العينية .

حيث أنه بالعودة لنص المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 الصادر بالقانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2003 . وضمن الباب الثالث عشر مكرر المعنون برسم الإشهار العقاري ، حيث تم تعديل نص المادة 353-1 من قانون التسجيل لتصبح على النحو التالي :" يقبض بمناسبة القيام بإجراء الإشهار في المحافظات العقارية ، رسم يدعى رسم الاشهار العقاري ...." بمعنى أننا اجراء اشهار وليس مجرد تسجيل

باعتبار أن التسجيل يتم في مصلحة التسجيل والطابع والاشهار يتم في المحافظة العقارية .

كما أن المادة 10 من قانون المالية عدلت المادة 353مكرر2 لتصبح على النحو التالي :" يطبق الرسم المنصوص عليه في المادة 353 -01 أعلاه كالآتي : واحد بالمائة تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر ، بالنسبة للعقود حتى ولو

كانت مثقلة بشرط موقف ، والأحكام القضائية المتضمنة أو المعاينة بين الأحياء ، نقل أو تأسيس الحقوق العينية العقارية مشاعة أو غير مشاعة من غير الامتيازات أو الرهون العقارية **وكذا عقود الوعد بالبيع** التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض ، سعر البيع المتفق عليه والآجال المحددة من قبل الأطراف لإتمام هذا البيع.""

ج: آثار الوعد بالتعاقد

إذا تم الوعد صحيحا أصبح منتجا لآثاره ، هذه الآثار تظهر خلال مرحلتين مختلفتين. يفصل ما بينهما في الوعد الملزم للجانبين حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي وفي الوعد الملزم لجانب واحد ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي ، وعليه يمكن تفصيل المرحلتين كما يلي :

المرحلة الأولى : **مرحلة الوعد** : وهي مرحلة تسبق إبداء الرغبة أو حلول الأجل المتفق عليه لإتمام التعاقد النهائي ، وهنا عقد الوعد لا ينشئ إلا التزامات شخصية ولا مجال للحديث عن إنشاء حقوق عينية ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حقوق عينية[1]، فمثلا الوعد بالبيع لا ينشئ للموعود له إلا حق شخصي لا حق عيني ، وبالتالي لا تنتقل ملكية الشيء الموعود ببيعه إلى المشتري في هذه المرحلة ويترتب على ذلك نتيجتين هامتين.

1- إن الواعد يظل مالكا للشيء الذي وعد ببيعه وكذلك ثماره وحاصلاته[2] ، وبالتالي يستطيع التصرف فيه بالبيع لشخص آخر وفي هذه الحالة لا يكون للموعود له أن يرجع بشيء على المتصرف إليه ، وكل ما يستطيع فعله هو الرجوع بالتعويض على الواعد .

---

[1]–سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص46 .

[2]- حسن قدادة ، المرجع السابق، ص 38 .

إلا في حالة توفر شروط الدعوى البولصية وإقامة الدليل على سوء نية الواعد كأن يكون هناك تواطؤ بين الواعد والمتصرف إليه للإضرار بمصلحة الموعود له ، وقد لا نحتاج إلى إثبات سؤ النية إذا كان التصرف قد تم بدون عوض .

2- يتحمل الواعد تبعة هلاك الشيء الموعود به لأنه لم يحدث هناك تعاقد نهائي بعد ولم تنتقل الحيازة عن طريق التسليم ، كما لا يتحمل الواعد أي ضمان قبل الموعود له في حالة هلاك الشيء الموعود به بسبب أجنبي لا يد له فيه .

المرحلة الثانية :وهي مرحلة ما بعد إبداء الرغبة أو حلول الأجل: حيث إن إبداء الرغبة خلال مدة الوعد أو حلول الأجل المتفق عليه وقيام الأطراف بإبرام العقد النهائي يؤدي إلى انتقال ملكية الشيء الموعود ببيعه ونتحول من الكلام عن أثار الوعد إلى الكلام عن أثار العقد الذي تم إبرامه . أما إذا انقضت هذه المدة دون إفصاح أو إبداء للرغبة فإن الوعد يسقط بصفة نهائية .

و إبداء الرغبة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومن قبيل إبداء الرغبة بطريقة ضمنية أن يقوم الموعود له بالتصرف في الشيء الموعود به بالبيع أو بالهبة أو بالمقايضة عليه أو حتى باستهلاكه إياه إذا كان قابلا للاستهلاك [2].

وفي الأخير إذا تم إبداء الرغبة خلال المدة المتفق عليها فإن الواعد ملزم بإتمام العقد ، و إذا نكل عن وعده جاز للموعود له أن يستصدر من القاضي حكما بتنفيذ الوعد

ويقوم حكم القاضي مقام العقد الموعود بإبرامه [1].وما يعاب على نص المادة 72 من القانون المدني في هذه النقطة أن النص جاء ناقص وكان ينبغي أن يضاف إلى عبارة

1- حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع – مصر ، الطبعة الثانية سنة 2010، ص221 .

2 - المادة 71 من القانون المدني ، وراجع ،أيضا .(راجع الأستاذ أحمد فرج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الصادر عن دار المطبوعات الجامعية ،طبعة 1999 ،ص 123.

3–علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 30

(قام الحكم) عبارة (متى حاز قوة الشيء المقضي فيه) وذلك لأن الحكم لا يقوم مقام العقد إلا إذا حاز قوة الشيء المقضي به أي أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية ،أي بالاستئناف أو المعارضة أما قبل ذلك فلا مجال عن الحديث عن قيامه مقام العقد وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن لا يجانب ما سارت عليه القوانين العربية التي جاءت بهذه العبارة [3].

ثانيا / الوعد بالتفضيل كبديل جديد عن الوعد بالتعاقد:

تثار الكثير من المشاكل في الحياة العملية بخصوص الوعد بالتعاقدوخاصة حينما يتعلق الأمر بالثمن المصرح به لأنه خلال المدة المتفق عليها لإبداء الرغبة يمكن أن يحدث ارتفاع في الثمن بشكل كبير أو العكس حدوث انخفاض بشكل كبير مما يؤدي الى التغيير في مواقف الأطراف وينكلون عن اتمام البيع . ومن أجل ذلك أصبح الأطراف يلجؤون إلى مايعرف بالوعد بالتفضيل ، الذي فيه تحرر من الشروط التي يفرضا القانون بمناسبة الوعد بالتعاقد

أ : تعريف الوعد بالتفضيل

هو عقد غيرمسمى وغير معروف في التشريع الجزائري ولكنه معروف في الفقه القانوني و بدأ في الظهور في بعض التشريعات المقارنة ومنها التشريع الفرنسي من خلال نص المادة 1123 وعرف على النحو التالي :" الوعد بالتفضيل هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص إذا ما قرر التعاقد في المستقبل على شيء أو عمل أن يفضل شخص معين على غيره من سائر الراغبين في التعاقد معه."

وعرفه الاستاذ محمد حسن قاسم كما يلي: " الوعد بالتفضيل اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد أن يفضل الموعود له (المستفيد من الوعد) إذا ما قرر الأول (الواعد) إبرام هذا العقد في المستقبل ."[1]

والوعد بالتفضيل بهذا المعنى قد يكون اتفاقا مستقلا بين طرفيه ، أي لا يستند إلى عقد آخر يربط بينهما ، ولكنه في الغالب يأتي مقترنا بعقد بينهما بحيث يكون هذا الوعد عنصرا من عناصر عقدهما ، ومقال ذلك أن يأتي هذا الوعد ضمن عقد إيجار بين الواعد والمستفيد من الوعد ، يعد الأول بمقتضاه الثاني ، بأن يفضله على غيره إذا ما قرر بيع الشيء المؤجر مستقبلا ، أو أن يأتي هذا الوعد في نظام الشركة لصالح الشركاء إذا ما قرر الشريك بيع حصته في الشركة ، أو أن يأتي الوعد لصالح الناشر في عقد نشر يربط بينه وبين المؤلف بالنسبة لبعض أعمال الأخير المستقبلية أو أن يأتي هذا الوعد ضمن عقد بيع عقار لصالح البائع في حال قرر المشتري بيعه.

من مميزات الوعد بالتفضيل التحرر من الشكلية وعدم الشهر، وعدم ذكر الثمن والمدة ، وبالتالي هو يحفظ حقوق الواعد والمعود له ويجنبهم التغيرات الإقتاصادية المرتبطة بالثمن وأن الثمن يتم عرضه على المستقيد من الوعد في اللحظة التي يتخذ فيها الواعد قراره بالبيع، كما أنه لا وجود لذكر المدة ويكفي فقط لصحة الوعد بالتفضيل تحديد طبيعة العقد المحتمل ابرامه في المستقبل والشيء الذي يرد عليه هذا العقد .

[1]- محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات – المصادر – العقد ، دار الفكر – مصر ،طبعة سنة 2017، ص 192 .

ب : آثار الوعد بالتفضيل وجزاء النكول عنه

الوعد بالتفضيل باعتباره عقدا غير مسمى في القانون الجزائري ، يخضع للقواعد العامة في التعاقد وفي مقدمتها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وتكون له القوة الالزامية فيما بين عاقديه ، وتكون آثار الوعد بالتفضيل حسب مرحلتين :

في المرحلة الأولى:وهي المرحلة التي تسبق قرار الواعد إبرام العقد المقصود أصلا من الوعد، وفيها يبقى الواعد ملتزما بعدم التعاقد بشأن الشيء محل الوعد بالتفضيل مع شخص من الغير دون عرضه أولا على المستقيد، هذا الالتزام يقابله لدى المستقيد حق شخصي فقط ولا يرتب له أي حق عيني على الشيء موضوع التقضيل.

في المرحلة الثانية: وهي مرحلة العزم أو القرار بالتعاقد على الشيء الذي وعد المستقيد بالتقضيل بشأنه، وهنا يلتزم الواعد أن يعرض على المستقيد وبالأفضلية على غيره إبرام العقد ، وهذا يقتضي من الناحية العملية قيامه بإخطار المستقيد برغبته في إبرام هذا العقد ، ليكون على المستقيد بعد ذلك أن يرد على هذا الاخطار بقبول التعاقد أو رفضه أي ممارسة الخيار المقرر له.

فإذا رفض المستقيد العرض المقدم له من الواعد استرد الأخير حريته في التعاقد مع غير المستقيد بذات المقابل والشروط التي عرضها على المستقيد . بمعنى أن الواعد إذا تعاقد مع الغير بشروط أخف من تلك التي عرضت على المستقيد اعتبر الواعد مخلا بالتزامه بالتقضيل .

أما إذا خالف الواعد التزامه بتفضيل المستقيد من الوعد وقام بالتعاقد مع شخص آخر دون عرض التعاقد على هذا المستقيد ، فهنا يثور التساؤل عن جزاء الاخلال بالحق في الأفضلية الناشىء عن هذا الوعد، والمقرر لصالح المستقيد .

لا شك أن إخلال الواعد بالحق في الأفضلية يشكل خطأ من قبل الواعد تتحقق به مسؤوليته ، وبالتالي فإن إبرام العقد موضوع الأفضلية مع الغير دون عرض التعاقد على المستفيد ، يلزم المدين الواعد بالتعويض عن الضرر المترتب نتيجة هذا الخطأ العقدي ، وفقا لقواعد المسؤولية العقدية . وفي رأيي أنه لا مانع حتى من الاتفاق على قيمة التعويض ضمن شرط جزائي في العقد.

ثالثا/ التعاقد بالعربون

يعد التعامل بالعربون تعاملا منتشرا بكثرة في الحياة العملية ، يتم اللجوء إليه من أجل زيادة عنصر الثقة في المعاملات والعمل على تمامها واستقرارها .

أ: تعريف العربون

إن العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد ويعطي لكل من المتعاقدين الخيار في العدول عن العقد أو نقضه خلال مدة متفق عليها . أو إمضائه إذا اتفق صراحة على أن العربون هو جزء من قيمة العقد .

وهو عبارة عن طريقة من الطرق السائدة في التعاقد والتي تنتشر على نطاق واسع في المعاملات التي تتم ما بين الأفراد ويلجأ إليها في عدد كبير من العقود كالبيع والإيجار.

ب: دلالة دفع العربون

ب -1 :دفع العربون للدلالة على حق العدول

تبنت هذا الموقف المدرسة اللاتينية واعتمده التشريع المصري فيما بعد من خلال نص المادة 103 ق م والتي تقضي بأن دلالة العربون هي الاحتفاظ بحق العدول.إلا إذا كان الاتفاق على غير ذلك .

فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه وهذا ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر[1] .

ب-2 :دفع العربون للدلالة على البت

ويقصد به وصول المتعاقدين إلى إبرام العقد بصفة نهائية وفي هذه الحالة فإن المبلغ المدفوع كعربون هو جزء من الثمن وان العقد يعتبر منعقد وان أي إخلال من أحد الطرفين يعد بمثابة تخلي عن تنفيذ الالتزام وبالتالي جاز للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتنفيذ أو بالفسخ مع التعويض .

ج : موقف المشرع الجزائري من التعاقد بالعربون

قبل التعديل الأخير للقانون المدني لم يكن هناك نص يبين موقف المشرع الجزائري بوضوح من هذه النقطة[21]، وكان القضاة أثناء فصلهم في القضايا التي يكون فيها الخلاف حول العربون ، يعودون لمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للقانون .وغالبا ما كان يحكمون بإعادة العربون لأنه يعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

لكن بعد تعديل جويلية 2005 أضاف المشرع الجزائري المادة 72 مكرر والتي تنص على مايلي" يمنح العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها ،إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك .

فإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر "

وبالتالي فقد سار على نهج المشرع المصري والمشرع الفرنسي والذي أخذ كل منهما بالعربون بدلالة العدول .

رابعا: النيابة في التعاقد

1- فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في العقود المسماة ، منشأة المعارف ، ص83 .

2- علي علي سليما ن ، المرجع السابق ، ص 39 .

قد لا يستطيع المتعاقد أن يبرم عقد معين بنفسه لسبب ما ،كبعد المسافة أو نقص الخبرة في المجال الذي سيتم فيه التعاقد أو أن يكون هذا الشخص عديم التمييز بسبب السن أو الجنون أو العته أو ناقصه بسبب السن أو الغفلة أو أن يكون الشخص يعاني من إعاقة تمنعه من القيام بعمل ما ، ويحتاج في مباشرته لهذا العمل إلى وجود نائب ينوب عنه ويبرم العقود باسمه . ومن هذا المنطلق قام الفقه القانوني بالتطرق لفكرة النيابة والقيام بتعريفها .

أ: تعريف النيابة

لقد عرف الفقه القانوني النيابة في التعاقد كما يلي: هي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص أخر يدعى الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب [1].ومثال ذلك أن ينوب شخص عن شخص أخر في شراء شيء معين فينعقد العقد بين النائب والمشتري وبتوافق إرادتيهما فقط ، أما أثار هذا البيع فتنصرف إلى الأصيل فيتحمل الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد .

وفكرة النيابة بالمعنى السابق لم تكن معروفة لدى الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، إذا كانت التصرفات التي يقوم بها النائب - وكيلا أو وصيا – مع الغير تقع أثارها في ذمة النائب الذي ينقلها بعد ذلك إلى الأصيل ولذا لم تكن هناك أية علاقة مباشرة بين الأصيل والغير الذي تعاقد معه النائب .ولكن مع تطور القانون الروماني صار بإمكان الغير الرجوع مباشرة على الأصيل وأصبحت النيابة في هذه الصورة نيابة كاملة مطابقة لما هي عليه اليوم[12].

ب: أنواع النيابة في التعاقد

1– راجع الأستاذ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 321.
2– راجع ،أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 25.

يمكن أن تكون النيابة إرادية مصدرها الأفراد (الوكالة أو الوصاية) أو قانونية (الولاية ، التقديم) أو قضائية (الحارسة القضائية) .

1 : النيابة الإرادية :

مصدرها إرادة الأفراد فتكون بإرادة طرفين و هو ما يعرف بالنيابة الاتفاقية كما هو الحال في عقد الوكالة أو تكون بإرادة طرف واحد كالوصاية والتي يتم فيها تعيين الوصي من قبل الولي عن طريق الايصاء .

1-1:الوكالة : تنص المادة 571 من القانون المدني على ما يلي " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه ".وبالتالي فالنيابة بهذا المعنى هي عبارة عن عقد قبل أن تكون طريقة للتعاقد والوصول إلى العقد الثاني وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية ، وليس هناك إجبار قانوني في اللجوء إليه ، ولكن حاجة المتعاقدين وحدها هي التي تفرضه كأن يكون المتعاقدين بعيدين أو أن يكون الموكل ليس خبير بتقنيات إبرام عقد معين .

2-1 :الوصاية :تنص المادة 92 من قانون الأسرة على ما يلي : « يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ....» .

والوصي هو من أقيم مقام الولي الشرعي عن طريق الايصاء ، وذلك حينما يترك الولي بعد وفاته وصية يختار فيها شخص معين للقيام بهذه المهمة ويتم ذلك بعد عرض الوصاية على القضاء بعد وفاة الأب وذلك لتثبيتها أو لرفضها وذلك تطبيقا لنص المادة 94 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي : « يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها » . وقتها فقط يستطيع أن ينوب عن شخص الأصيل لإبرام عقد معين أما قبل وفاة الأب فولايته تبقى قائمة ولا يجوز له أن يتنصل منها .

وما يمكن قوله أن من يختار الوصي هو الولي والولي حسب نصوص قانون الأسرة هو الأب ومن بعد وفاته الأم وليس الجد كما هو الأمر بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المصري الذي ينيط الولاية للجد للأب وذلك بعد وفاة هذا الأخير وما يؤكد ذلك أن المادة 94 تناولت الأب فقط دون الجد وحسننا فعل المشرع لأن التشريع الجزائري لم يسند على الإطلاق الولاية للجد هذا من ناحية ومن ناحية ثانية أن المادة 92 من قانون الأسرة حددت أسباب الوصاية وهي عدم وجود الأم أو عدم تمتعها بالأهلية للقيام بدور الولي وعدم تمتعها بالأهلية سواء لصغر سنها أو لوقوعها تحت تأثير عارض من عوارض الأهلية .ولكن ليس هناك ما يمنع من أخذ الأهلية هنا بالمعنى الواسع وذلك لعدم تحقق فيها شروط الأمانة والأخلاق الحميدة التي تسمح بممارسة ولايتها على أحسن وجه .

وأخيرا إذا عين الأب أكثر من وصي كان على القاضي أن يختار الأفضل و الأصلح منهم وذلك مع مراعاة أحكام نص المادة 93 والتي تشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف .

أما إذا كان الشخص الذي أسند له الولي الوصاية لا يتمتع بهذه الشروط كان بإمكان القاضي عزله وأن يعين بدلا منه مقدم لأن الوصي في هذه الحالة يعتبر وكأنه غير موجود . وعلى المتصفح لهذه النقطة أن ينتبه أن مصدر هذه النيابة ليس القانون لأنه لو كان كذلك لكانت مفروضة كما أن مصدرها ليس القضاء لأن القضاء يرقبها فقط فيثبتها أو يرفضها حسب تناسبها مع مصلحة الخاضع للوصاية .

2:النيابة القانونية :

وهذا النوع من النيابة مفروض بحكم القانون ، حيث الهدف من فرضه هو حماية المتعاقد الضعيف بسبب نقص أهليته أو انعدامها وأهم أنواع النيابة الاتفاقية هي :

2-1:الولاية : والمقصود بها هنا ولاية الأب حسب ما ينص عليه قانون الأسرة ومن بعد وفاته الأم حيث جاء في المادة87 من قانون الأسرة والمعدلة بمقتضى القانون رقم 05-90 المؤرخ في 04 ماي 2005 على مايلي :

((يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد)) .

و الولاية هنا إلزامية لا يجوز التنحي عنها أو إسنادها لشخص آخر دون الأشخاص المنصوص عليهم قانونا ، و تنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يكن هناك عارض يتطلب استمرارها .أو يحكم بسلبها من طرف المحكمة ، إذا ما رأت أن مصالح الخاضع للولاية قد تتضرر من استمرارها .

3 : النيابة القضائية :

والمقصود بالنيابة القضائية هم الأشخاص الذين تعينهم المحكمة بناءا على أحكام قضائية من أجل التكفل بالأشخاص الذين لا ولي ولا وصي لهم وذلك بناء على طلب أقاربهم أو من له مصلحة أو من طرف النيابة العامة[1] . أو التكفل كذلك بتسيير حالة معينة كالحارس القضائي الذي تعيينه المحكمة للحفاظ عن الأموال المتنازع فيه والتي لم تستقر حالته بعد .

[1] - المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري.

3-1: القوامة أو التقديم : والقيم أو المقدم هو حسب ما تعرفه المادة 99 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي ((المقدم من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة)) .

والمقدم بهذا المعنى هو أيضا من يعينه القاضي في حالة عدم وجود وصي أو ولي بالنسبة للمحجور عليه حسب ما تنص عليه المادة 104 من قانون الأسرة وكذلك لإدارة أموال المفقود والغائب وفي هذه الحالة يكون من الأقارب حسب نص المادة 111 من قانون الأسرة .

وفي جميع الحالات التي يتم فيها تعيين مقدم يجب أن نراعي أحكام المادة 100 من نفس القانون والتي تنص على مايلي: ((يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام))

3-2 : الحراسة القضائية :

الحراسة القضائية تتم من خلال تعيين حارس قضائي وهو عبارة عن شخص تعيينه المحكمة من أجل إدارة الأموال المتنازع عليها والتي لم تستقر حالتها القانونية بعد ،ومثال ذلك تعيين حارس قضائي لأموال التركة قبل اقتسامها أو تعيين مصفي للشركة يتولى إدارة شؤونها أثناء مرحلة الإفلاس فأن كانت لها مثلا فروع مازالت تقوم بعملية الإنتاج يتولى تسييرها فيبرم جميع العقود التي تحتاجها الشركة في استمرار هذه العملية ، وإن كانت لهذه الشركة ديون يتولى النيابة في تحصيل هذه الديون وإلى غير ذلك من الأعمال التي يمكن أن يباشرها نيابة على الطاقم الأصلي المسير للشركة قبل إفلاسها .

ج- شروط النيابة في التعاقد:

للنيابة في التعاقد أربعة شروط هي :

حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل و التزام حدود النيابة أي أن يتعاقد النائب في الحدود التي وكل فيها دون أن يتجاوزها إلا استثناءا كانقضاء النيابة دون علمه و علم من تعاقد معه .و أن يتعاقد النائب لحساب الأصيل لا لحسابه هو ،وهذا حتى تنصرف آثار العقد إلى الأصيل .وكذلك وجوب الحصول على ترخيص من الأصيل في حالة تعاقد النائب مع نفسه .وسنحاول تفصيل ذلك في مايلي:

الشرط الأول : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

ما يمكن قوله في هذه النقطة أن الوساطة وحدها لا تكفي لقيام النيابة [1]، بل يجب أن يكون النائب معبرا عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل أي أن تحل إرادة النائب تماما محل إرادة الأصيل [2] وعليه إذا ما كان العقد المبرم بين النائب والمتعاقد الثاني قابل للإبطال (باطل بطلان نسبي) فإن سببه لا يعود إلى عيب في إرادة الأصيل ولكن العيب يكمن في إرادة النائب كأن يكون هناك غلط أو إكراه أو تدليس ونفس الشيء بالنسبة لحسن النية فإنه ينظر إليه من جانب النائب لا من جانب الأصيل .

غير أنه إذا كان الوكيل يتصرف طبقا لتعليمات محددة يتلقاها من شخص الأصيل فإن نية هذا الأخير هي التي تأخذ في الحسبان مثال ذلك أن يوكل شخص شخصا آخر لشراء سيارة معينة وبثمن محدد ويكون في هذه السيارة عيب يعرفه الموكل ويجهله الوكيل ، فيشتري الوكيل هذه السيارة بالثمن المحدد ، فلا يجوز للموكل أن يرجع على البائع بهذا العيب متمسكا بأن الوكيل كان يجهله ، وهذا ما قصده المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 73 من القانون المدني "..غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل

---

[1] - لأنه في هذه النقطة يجب أن نفرق بين النائب كطرف في عقد يتم ما بين حاضرين والرسول الذي يعد مجرد وسيلة مادية لنقل التعبير ما بين غائبين .

[2]- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ،ص 42 .

النائب لظروف يعلمها هو أو من المفروض أن يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها "[1].

والتعليمات التي يتصرف وفقها الوكيل هي تعليمات تقيد من الإرادة ولكن لا تعدمها لأنه لو كانت كذلك لأصبح النائب مجرد رسول فقط .

الشرط الثاني: أن لا يتجاوز النائب حدود النيابة

على النائب أن لا يتجاوز حدود النيابة وأن يباشر مهامه في الإطار الذي حدده له الأصيل ، لأن أي تعاقد يخرج عن هذا الإطار فإن النائب وحده هو الذي يحمل آثاره ولا مجال للحديث عن انصراف آثاره للأصيل وهي القاعدة العامة والتي حددتها المادة 74 من القانون المدني بقولها" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ".

ولا يمكن أن تضاف آثار التصرف إلى الأصيل إلا عن طريق الإجازة عملا بالمبدأ القائل الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ولكن استثناءوإعمالا لمبدأ حسن النية وتطبيقا لما جاء في نص المادة 76 [2]من القانون المدني يمكن أن تضاف آثار العقد إلى الأصيل وذلك في الحالة التي تكون فيها النيابة قد انقضت دون علم النائب ودون علم من تعاقد معه وعلى الرغم من ذلك تم التعاقد بينهما .

الشرط الثالث - أن يتعاقد النائب لحساب الأصيل لا لحسابه

وللحديث عن هذا الشرط يجب أن نشير أولا إلى أن الشخص حتى يستطيع أن ينوب غيره في إبرام عقد معين ، يجب أن يكون هو نفسه أهلا للتعاقد وإبرام هذا العقد وبالتالي

---

[1]–علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 42 .

[2]–المادة 76 من القانون المدني .

إذا تحقق هذا الشرط بإمكانه أن يتعاقد باسمه الشخصي ولكن تنصرف آثار هذا العقد لحساب شخص آخر يدعى الأصيل .والذي تم إعلام الغير المتعاقد معه به مسبقا وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد معه بوجود طرف ثالث يدخل العلاقة التعاقدية فجأة ، وإن تم التعاقد دون أن يحدد الطرف المتعاقد لصالحه فإن الوكالة تبقى ناقصة .[2]

الشرط الرابع – الحصول على ترخيص مسبق في حالة تعاقد النائب مع نفسه

تنص المادة 77 من القانون المدني على مايليً لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان هذا التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون وقواعد التجارةً .

ويتضح من نص هذه المادة أنه لا يمكن أن نجمع إرادتين في إرادة واحدة وأن يمثل الشخص في نفس الوقت صاحب الإيجاب وصاحب القبول إلا إذا كان هناك ترخيص مسبق من الأصيل يسمح بتعاقد الشخص مع نفسه سواء لحسابه أم لحساب شخص آخر ولكن إذا ما تم التعاقد بهذه الطريقة يمكن أن تلحقه الإجازة من الأصيل في إطار المبدأ القائل الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

المطلب الثاني :ركن المحل

المحل هو الركن الثاني من أركان العقد ، وبالتالي لابد وجوده أثناء عملية التعاقد وأن غيابه سيؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد . وهذا ما سار عليه وسلم به عدد كبير من فقهاء القانون والذين وقفوا في مواجهة رأي ثان لا يعترف بالمحل كركن من أركان العقد ويعتبر أن المحل هو محل الالتزام لا محل العقد .

الفرع الأول : التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام

[2] - FrançoisTerre;Droit civil;Les obligations;Dalloz,Paris, p139

للتطرق إلى الآراء المختلفة بخصوص التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام ننطلق من طرح السؤال التالي :

هل هناك أمران مستقلان إحداهما يطلق عليه محل الالتزام والآخر يطلق عليه محل العقد ؟ أما أن محل العقد هو نفسه محل الالتزام وأن الحديث عن محل العقد فيه تجاوز وعدم دقة في التعبير .

وللإجابة عن هذا السؤال نتطرق لابد من التطرق إلى الآراء المختلفة التي تتبنى كل موقف .

أولا: محل العقد و محل الالتزام شيئان مختلفان

ويقول بهذا الرأي كل من محمد الصبري السعدي[1] وعبد المنعم فرج الصدة ومحمد حسنين[2] وكذلك الأستاذ بلحاج العربي[3] والأستاذ حمدي عبد الرحمن [4] حيث يرى أنصار هذا الرأي أن محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها (كالبيع والإيجار والتأمين، و العلاج) أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين كدفع الثمن بالنسبة للمشتري وتسليم المبيع بالنسبة للبائع وهو في نهاية المطاف عبارة عن أداء عمل أو الامتناع عن عمل .

وقد حاول الأستاذ حمدي عبد الرحمن التدليل على هذه التفرقة بقوله : " قد يكون محل الالتزام مشروعا في حين أن محل العقد غير مشروع ومثال ذلك أن يتصرف شخص في تركة إنسان على قيد الحياة ، ففي هذا الفرض يكون محل الالتزام مشروعا حيث يتعهد المدين بنقل حقوق مستقبلية في حين أن التصرف في مال لم يتحقق له وصف التركة بعد يعد عملا غير مشروعا .

---

[1]- محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ،ص209 .

[2]- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص44 .

[3]-بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص138.

[4]-حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 311 .

وفي فرض آخر يكون العكس حيث يكون محل العقد مشروعا في حين محل الالتزام يكون غير مشروع ومثال ذلك التعامل في أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون ،ففي بيع هذه الأشياء يكون محل العقد وهو البيع مشروعا ومحل الالتزام غير مشروع لوروده على شيء خارج عن دائرة التعامل[1] . وبالتالي وجود نوعين من الأحكام يدل بما فيه الكفاية على أن محل العقد شيء ومحل الالتزام شيء آخر .

وفي رأي أن الحديث عن عقد البيع كعملية قانونية الهدف منها نقل الملكية أو عقد العلاج الذي الهدف منه تقديم العلاج ، لا يكون لها معنى إذا لم ترتب التزامات في ذمة الأطراف هذه الالتزامات محلها يمثل نفس الأهداف التي سعت إليها العمليات القانونية سالفة الذكر ، وأطلقت عليها اسم محل العقد أي أن نقل الملكية في عقد البيع لا يخرج عن دائرة القيام بعمل وتقديم العلاج ما هو إلا قيام بعمل وكل ما في الأمر أننا حددنا هذا العمل في مثل الحالتين السابقتين .لا أكثر ولا أقل وبالتالي فالقول بمحل العقد ومحل الالتزام ما هو إلا تحصيل حاصل .وحتى نفهم المسألة أكثر نطرح السؤال التالي : ما هو محل الالتزام في عقد العلاج ؟ نجيب هو القيام بعمل . ثم نطرح السؤال من جديد . فيما يتمثل هذا العمل ؟ نجيب بتقديم العلاج .وهنا أليس تقديم العلاج هو نفسه القيام بعمل ؟ وبالتالي نلاحظ أنه لاوجود لمحل للإلترام وأخر للعقد .وكل ما في الأمر أن العقد ينشأ التزام له محل هو نفسه محل هذا العقد أو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها .

و تدعيما لهذا الطرح نتطرق إلى الرأي الثاني والذي مفاده أن محل العقد هو نفسه محل الالتزام .

ثانيا: محل العقد هو محل الالتزام

---

[1]–حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص312.

وهذا الرأي أخذ به كل من الأستاذ علي علي سليمان والأستاذ علي فيلالي والأستاذ سليمان مرقص والأستاذ أنور سلطان والأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا الأخير الذي يقول" المحل ركن في الالتزام لا في العقد .ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد ، كما أن الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه ، وعليه لا مجال لوجود احتمال لا يكون مستوفيا للشروط .

أما محل الالتزام التعاقدي فإن المتعاقدين هما الذين يقومان بتعيينه فوجب أن يراعيا استقاءه للشروط التي يتطلبها القانون .ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد "[2][1] .

واعتمادا على هذا الرأي فمحل العقد هو نفسه محل الالتزام والحديث عن محل العقد فيه تجاوز وتحصيل حاصل[23] .وعليه فالعبرة تكون بمحل الالتزام لأن العقد ليس له محل في الحقيقة وإنما يرتب آثار تتمثل في إنشاء التزامات وهذه الأخيرة هي التي لها محل .

فلفظ محل العقد غير صحيح و إنما استعمل من باب إيجاز الحذف فقط لأن المقصود بتلك العبارة في الواقع هو محل الالتزام الناشئ عن العقد[31] .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالرأي الراجح والذي يعتبر أن محل العقد هو محل الالتزام وذلك من خلال نص المادة 92 ق م حيث جاء فيها" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا ومحققا" .حيث جاءت هذه المادة تحت عنوان المحل والذي اعتبره المشرع الجزائري كركن ثان في العقد بعد التراضي .

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص 182 .

[2]- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ص69 .

[3]- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 168 .

وبالتالي عبارة محل الالتزام الواردة في المادة أراد بها المشرع الجزائري محل العقد وفي ذلك ما يكفي من الدلالة على أن المشرع لا يفرق بين محل الالتزام ومحل العقد .

وقبل أن نغادر هذه الآراء الفقهية وهذا الجدل القائم لا بد من إعطاء تعريف لمحل العقد

يمكن ترجيحه على التعاريف المتعددة و المتعلقة بالمحل .

ولنأخذ في هذا الصدد التعريف الذي أورده الأستاذ علي فيلالي[1] نقلا عن الأستاذين :

flour et aubert " المحل : "ما هو مطالب به المدين من قبل الدائن" .

وعليه يمكن تحديد المحل بطرح السؤال التالي بما التزم المدين ؟ .

الفرع الثاني : شروط المحل

للمحل ثلاثة شروط لا بد من توفرها وهي :

أولا :أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل

إذا كان محل الالتزام أداء عمل أو الامتناع عن عمل أو أداء حق عيني فيجب أن يتمك ذلك .بمعنى أن يكون ذلك موجودا و ممكنا لا مستحيل ،لأن من يتعهد بمستحيل لا يلتزم بشيء ومثال ذلك نقل المحيط إلى مكان آخر أو تعهد طبيب بشفاء مرضه من مرض السيدا إنما يجب أن يكون محل الالتزام ممكن وهذا ما أكدته المادة 93 ق م ج .

والاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية ، ومثال الاستحالة النسبية التي لا تؤثر في صحة العقد أن يتعهد مقاول بتنفيذ مشروع ضخم يتعدى حدود إمكانياته المادية والفنية ، وعليه فالاستحالة هنا نسبية لأنها إذا كانت تقوم بالنسبة لشخص فإنها لا تقوم بالنسبة لغيره ، وهذا على عكس

---

[1]–علي فيلالي ، المرجع السابق ، هامش الصفحة 166 .

الاستحالة المطلقة هذه الأخيرة التي تعد استحالة موضوعية مادية كانت كالتزام جراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد أو قانونية كالالتزام بشراء حق معين يمنع التعامل فيه بين الأفراد[12] . أو تكليف محام برفع استئناف أمام المجلس القضائي وكان أجل هذا الاستئناف قد انقضى ففي هذه الحالة لا ينشأ الالتزام أصلا لأن محله مستحيل وكما هو معروف من يلتزم بمستحيل لا يلتزم بشيء ، ولكن الأمر يختلف لو أن هذا المحامي قد تلقى التكليف في الآجال القانونية وقبل فوات ميعاد الاستئناف غير أن كثرة انشغالاته من جهة وإهماله من جهة أخرى حال دون رفع الإستئناف في ميعاده القانوني فإن الالتزام هنا قد نشأ وأن الاستحالة التي جاءت في ما بعد قامت بإنهائه وهنا بإمكان الطرف المتضرر من هذه الاستحالة أن يطالب المحامي بالتعويض لخطئه التقصيري.

وإذا كان محله ممكنا وموجود وقت نشوء الالتزام ووقت التعهد انعقد العقد فإذا كان الشي موجودا ثم هلك قبل العقد ، وقع العقد باطلا سواء كان الطرفان أو أحدهما قد علما بوقت هلاك الشيء أو لم يعلما به وسواء كان الهلاك ماديا كما في بيع السلع أتلفت أو قانونيا كبيع دين تم الوفاء به .أما إذا وجد المحل ثم هلك بعد العقد فهنا العقد تم صحيحا وترتب على أحد المتعاقدين مسؤولية تبعة الهلاك وينفسخ العقد بحكم القانون ، والأصل أن المحل موجود وقت إبرام العقد .

لكن أورد المشرع استثناء في نص المادة 92 يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققاً

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد ، مبادئ القانون المدني ، دار النهضة العربية ، مصر ، طبعة 1995 ،ص252 .

وعليه أجاز التشريع التعامل المستقبلي شريطة أن يكون المحل محقق الوجود ،لكن لوحظ قصور من المشرع ،فما هو مستقبلي يحمل الربح أو الخسارة وعليه كان أولى للمشرع أن يحذف عبارة محقق لأن ما هو مستقبلي يعد احتمالي .

لكن في الوقت ذاته أورد استثناء على الاستثناء حيث حظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه (م 92 فقرة 2) ويرجع هذا المنع ألي أن أجازته قد تغري صاحب المصلحة فيه بالتعجيل بقتل صاحب هذه التركة .

ثانيا :أن يكون معينا أو قابلا للتعيين

ويتم العقد بتحديد موضوعه الموجود عند إنشائه أو مستقبلا مع تحديد قيمته و تعيين مقداره . وهنا يمكن أن نميز بين محل الالتزام والمتمثل في نقل حق عيني وبين محل الالتزام المنصب على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .وأخيرا محل الالتزام عندما يكون عبارة عن مبلغ من النقود .

أ : محل الالتزام نقل حق عيني

ففي حالة ما إذا كان محل الالتزام هو نقل حق عيني فإن الشيء موضوع هذا الحق يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وفي هذا الشأن نفرق بين أن يكون الشيء موضوع الحق معين بالذات أو معين بالنوع .

فإذا كان الشيء موضوع الحق أي محل الالتزام معينا بالذات ، فيجب أن يعين هذا الشيء بمميزاته الذاتية ، بشرط أن يكون هذا التعيين واضحا نافيا للجهالة .

فإذا كان الشيء عبارة عن سيارة فيجب تعيين نوعها ولونها وسنة وضعها للسير وكل ما من شأنه أن يميز هذه السيارة عن باقي السيارات من نفس النوع .وإذا كان الشيء محل العقد عبارة عن منزل فيجب أن نعين عنوانه ومساحته وعدد طوابقه وكل ما يمكن الاعتماد عليه في تمييز هذا المنزل عن باقي المنازل .

أما إذا كان محل الالتزام شيء معينا بنوعه ، فيلزم أن يتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته فبيع مثلا كمية من القمح يجب أن نحدد نوعها إن كانت من القمح اللين أو الصلب وإن كانت قمحا زناتيا [1] أو مكسيكيا وكميتها قنطارا أو قنطارين وإذا لم يعين هذا المقدار وجب أن يكون قابلا للتعيين .ومثال ذلك طلب كمية من الطعام لعمال ورشة معينة يمكن تحديده بالاعتماد على عدد الأشخاص العاملين داخل تلك الورشة .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على تعيين درجة جودة المحل ولم يستخلص من الظروف أو العرف ،التزم المدين بأن يسلم الشيء من صنف وسط أو متوسط حسب ما تنص عليه المادة 94 من القانون المدني.

ب: محل الالتزام عمل أو الامتناع عن عمل.

فإن كان المحل عملا أو امتناع عن عمل فإنه يتعين بيان ماهيته مع بيان وقته ونتيجته أو العناية اللازمة فيه أي بمعنى أخر تحديد العمل بدقة[21].

ومثال ذلك المقاول في عقد المقاولة حينما يتعهد بإنجاز عمل معين يجب عليه أن يحدد هذا العمل بدقة كأن يكون إنجاز عمارة وأن يحدد مدة وكيفية الإنجاز كأن تكون المدة عبارة عن سنة وأن تكون المواد المستعملة في الإنجاز مواد محلية فقط كالإسمنت والحديد الأجر المحلي الصنع ...الخ .

ج: محل الالتزام مبلغ من النقود

وفي هذه الحالة يبقى المبلغ ثابت ولا يتأثر بتغير قيمة النقود وقت الوفاء بالالتزام ، لأن قيمة النقود دوما في صعود وهبوط وذلك يرجع لعدم استقرار الاقتصاد من جهة وتغير

---

[1]- فصيلة قمح عالمية سميت بهذا الاسم نسبة إلى منطقة وادي الزناتي بولاية قالمة .

[1]- رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2003، ص148

نسبة تغطيتها بالذهب من جهة أخرى. وقد عالج المشرع الجزائري هذه المشكلة ضمن نص المادة 94 من القانون المدني .

ويتم تعيين المحل باتفاق الطرفين ولا يجوز أن يترك التعيين لمحض إرادة أحد المتعاقدين .حتى لا يصبح المتعاقد الأخر تحت رحمته بل يجب أن يتعين المحل أو جعله قابلا للتعيين بإرادتهما معا كما يجوز أن يعهد تعيينه لشخص أجنبي عن المتعاقدين وفي حال عدم تعيين المحل كان العقد باطلا وذلك استنادا للمادة 94 من القانون المدني الجزائري .

ثالثا : أن يكون المحل مشروعا . تنص المادة 93 من القانون المدني على ما يلي : . وعليه فمشروعية المحل شرط ضروري لقيام الالتزام ومعنى مشروعية المحل هو عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة كما تنص على ذلك المادة سالفة الذكر . وشرط المشروعية أيضا هو شرط عام ، أيا كان محل الالتزام سواء كان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو منح شيء . وعليه فإن كان محل الالتزام إعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء قابل للتعامل فيه [1] وخارجا عن دائرة الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها سواء بحكم طبيعتها كأشعة الشمس أو الهواء أو ماء البحر . أو بحكم القانون الذي لا يجيز أن تكون محلا للالتزام كما هو الأمر بالنسبة لأملاك الدولة (طرق . جسور) لأنها مخصصة للمصلحة العامة ولقد نصت المادة689 ق م على ما يلي" لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم".أو الحقوق الشخصية كحق الترشح والانتخاب .

وفكرة عدم القابلية للتعامل هي فكرة نسبية فالمال العام مثلا يجوز تأجيره دون بيعه للأفراد إلا في حالات معينة والتي تتنازل فيها الدولة عن هذا المال أين يصبح ملك

[1]–بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص146.

للأفراد وبإمكانهم التعامل فيه ، ويتجسد ذلك من خلال قوانين التنازل التي تصدرها الدولة من حين لآخر للتنازل على بعض ممتلكاتها.

كما أن المخدرات يصبح التعامل فيها مشروع إذا كان ذلك لأغراض طبية .كما أن هناك بعض الأشياء التي لا يسمح بتداولها من طرف العامة ولكن يقتصر التعامل فيها على فئة معينة ومثال ذلك بيع المتفجرات محرم على العمة ولكن أصحاب المحاجر بإمكانهم شراؤها .

أما في الحالة الثانية والتي يكون فيها محل الالتزام أداء عمل أو الامتناع عن عمل وجب أن يكون هذا العمل مشروعا أو الامتناع عنه مشروعا .ويكون الأداء أو الامتناع غير مشروع إذا كان مخالفا لنص آمر يتعارض مع النظام العام والآداب العامة . فيمتنع قيام الالتزام ويقع العقد باطلا .

ومن الأمثلة على ذلك منع بيع الوفاء (البيع مع حق الاسترداد) م396 وكذلك ما نصت عليه 402 م403 ق م والمتعلقة بشراء القضاة وأعوانهم والمحامين للأموال المتنازع عليها في دائرة اختصاص عملهم .

المطلب الثالث :السبب

السبب ركن جوهري في العقد إذ لا يمكن للعقد أن ينعقد من دونه ، ويختلف السبب عن المحل في كون المحل ما يلتزم به المدين ، أما السبب فهو الهدف الذي من أجله التزم المدين .

ولهذا راح الفقه القانوني يفرق ما بين المحل والسبب كما سبق القول من خلال طرح السؤال التالي بماذا التزم المدين وتكون الإجابة عنه بذكر المحل ، ولماذا التزم المدين وتكون الإجابة عنه بذكر السبب .

والسبب ببساطة هو ما ينظر إليه المتعاقد من وراء العقد ، أو المصلحة التي يسعى للحصول عليها من التعاقد ، أو هو الغرض الذي يقصد الوصول إليه عن

طريق العقد ولقد كانت نظرية السب محل خلاف في الفقه القانوني حيث ظهر هناك رأيين وكل رأي هو انعكاس لنظرية معينة .

الفرع الأول :السبب ركن في الالتزام لا في العقد (النظرية التقليدية)

المقصود بسبب الالتزام وفق هذه النظرية هو الإجابة عن السؤال التالي : لماذا التزم المدين ؟ فمثلا لو أردنا أن نعرف سبب التزام البائع بالتسليم نطرح السؤال التالي : لماذا التزم البائع بتسليم الشيء المبيع ؟ فتكون الإجابة كالتالي لأن المشتري التزم بدفع الثمن .

وهنا يمكن القول أن سبب التزام البائع هو الالتزام المقابل الذي قام في ذمة المشتري . وانطلاقا من هذه النقطة يجب الفصل بين الالتزام والعقد باعتباره مصدرا له ، وبالتالي فدوافع العقد قد تتعدد ،وذلك بغض النظر إن كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين . لأنه في عقد البيع مثلا هناك من يشتري لأجل الاستعمال الشخصي وهناك من يشتري لإعادة البيع وهناك من يبيع من أجل الحصول على المال وهناك من يبيع من أجل استبدال الشيء المبيع ....الخ

أما الالتزام فليس له إلا سبب واحد لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد من العقود وبالتالي يبقى دوما التزام البائع بتسليم الشيء المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن . وهذا ما يعرف بالالتزام المقابل والذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب والتي كان الفضل في وضعها للفقيه الفرنسي دوما .

و النظرية التقليدية في السبب تفرق بين الغرض المباشر أو ما يعرف بالسبب القصدي الذي تقصده إرادة المتعاقدين أو يقصده الملتزم من التزامه وبين الأغراض الأخرى البعيدة التي تدفعه إلى قبول التحمل به [1]، وهي تعتد فقط بالأولى ، أما الثانية فهي مجرد بواعث تدفع إلى الالتزام فالبائع سبب التزامه بنقل الملكية هو حصوله على

[1]–أنور سلطان المرجع السابق ص 77،والأستاذ محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ص 225.

الثمن من المشتري والعكس سبب دفع الثمن من قبل المشتري يعود لكون البائع نقل إليه الملكية ، أما البواعث التي دفعت بالبائع إلى بيع ملكه أو التي دفعت بالمشتري إلى الشراء فهي تختلف من شخص إلى آخر كما قلنا سابقا ، ولا فائدة من الاعتداد بها .

وعليه وطبقا لهذه النظرية نستخلص النتائج التالية :

1- السبب أمر موضوعي ، أي يتعلق بموضوع العقد ذاته ولا يرتبط بشخص المتعاقد .

2- السبب أمر داخلي في العقد ، وبالتالي يجب البحث عنه داخل العقد ودون الابتعاد عنه .

3- السبب ثابت في العقود التي لها طبيعة واحدة فسبب التزام البائع هو التزام المشتري وذلك في جميع عقود البيع دون تفرقة .لأن السبب المباشر للبائع في جميع عقود البيع هو الحصول على الثمن والسبب المباشر للمشتري هو الحصول على الشيء المبيع واكتساب ملكيته .

وقد حددت النظرية التقليدية السبب في العقود وفق التقسيم التالي :

أولا : في العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الأخر .وفي هذه النقطة بالذات نجد أن هناك خطأ منطقي وذلك يعود لكون السبب دوما سابق للنتيجة فكيف يمكن القول أن التزامين ينشأن في وقت واحد وبالتزامن ومن دون أن يسبق أحدهما الآخر. أي كيف يكون أحدهما سبب للآخر ؟

ثانيا : في العقود العينية والتي يعد فيها التسليم ركن فإن السبب هو واقعة التسليم نفسها ومثاله أن سبب رد القرض هو تسلم القرض من المقرض .

ثالثا : في العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوعد ، فإن التزام الواعد هو الغرض المباشر الذي يسعى لتحقيقه وهو إبرام العقد النهائي .

رابعا : في عقود التبرع فإن التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها ،لأن الغرض الذي يسعى إليه المتبرع هو إسداء خدمة للمتبرع له.

وهنا نستطيع طرح السؤال التالي أليست نية التبرع عبارة عن دافع والدافع عبارة عن أمر شخصي ، خارج عن العقد كامن في نفسية المتعاقد ترفضه النظرية التقليدية في طرحها ؟ فلماذا تعود هنا وتأخذ به ؟

وأخيرا لا بد أن نشير أن النظرية التقليدية في السبب تشترط أن يكون موجودا وأن يكون صحيحا أي غير مغلوط وغير صوري وأن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

الفرع الثاني : السبب ركن في العقد لا في الالتزام (النظرية الحديثة)

لقد كان للقضاء في فرنسا دورا كبيرا في ظهور هذه النظرية ، كونه كان يعنى بالباعث ولا يقف عند مجرد السبب المباشر فيقول بأن هذا الباعث يجب أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة وإلا وقع العقد باطلا وذلك بشرط علم الطرفين معا بهذا الباعث سواء في المعاوضات أو التبرعات والحكمة في هذا الشرط هي استقرار المعاملات .

فقد حكم القضاء الفرنسي ببطلان التبرع متى كان لأجل إنشاء علاقة جنسية غير مشروعة وببطلان القرض متى كان باعثه تمكين المقترض من مواصلة عملية المقامرة ، كما أبطل التبرعات التي تكون بشرط غير مشروع متى كان هو الباعث على ذلك .(رغم صراحة المادة 900 والتي كانت تقضي ببطلان الشرط وصحة العقد [1]).

وكانت أحكام القضاء هذه هي التي مهدت لقيام النظرية الحديثة في السبب هذه النظرية التي لا تقف عند الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتعاقدان ، بل تتعداه إلى البحث عن الدوافع التي أدت بالمتعاقدين إلى إبرام العقد ، وهذه الدوافع هي عبارة عن أمور نفسية تختلف من شخص إلى آخر ومن عقد لآخر ، وبالتالي لا يعتبر سبب للعقد إلا ما كان يمثل دافعا مؤثرا بحيث ما كان ليبرم العقد لولا وجوده [2].

---

[1]- محمد حسنين، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 71 .

[2]-السيد محمد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، طبعة 2002 ، ص 236 .

ووفقا لهذا التصور فإنه يشترط لصحة السبب شرطا واحدا وهو أن يكون مشروعا . ولكي يعتد بعدم مشروعية السبب يجب أن يكون الطرف الآخر عالما به أو كان في استطاعته أن يعلمه ، وذلك حتى لا يكون البطلان المترتب عن فقدان السبب كركن من أركان العقد مفاجأة للطرف الآخر حسن النية ، والسبب في ذلك هو تحقيق الاستقرار في التعامل .ومن الأمثلة على تطبيق النظرية الحديثة في السبب إبطال عقد الإيجار إذا كان الدافع من ورائه هو استعمالالعين المؤجرة لممارسة الدعارة.

الفرع الثالث : السبب في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " إذا التزم المتعاقدين لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب ، كان العقد باطل " وهي مادة لا تطابق نصها الفرنسي[1] ومن هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري ، لا يشترط في السبب إلا شرطا واحدا هو أن يكون مشروعا ، فهو إذا لم يشترط شرط الوجود الذي هو شرط من شروط السبب التقليدية وليس شرطا من شروط الباعث لأن الباعث يكون دائما موجودا إذ لا يتصور أن يقدم شخص على إبرام عقد من دون من دون أن يكون هناك باعث يدفعه إليه ، وإلا كان مجنونا أو مسلوب الإرادة وعندئذ يبطل التصرف لانعدام الرضا وغاية ما هناك أن المتعاقد قد يقع في غلط في الباعث ، وهذا الغلط لا يعتد به ، إلا إذا اتصل بصفة جوهرية في الشيء ، كمن يشتري على أنها من رسم فنان معين ، ثم يتضح أنها ليست من رسمه أو أن يكون الغلط في الباعث متصلا بصفة جوهرية الشخص المتعاقد كمن يهب إلى آخر عين لأنه قريبه ، ثم يتضح أنه ليس قريبا له ، ففي هذه الأحوال يكون العقد قابلا للإبطال بسبب الغلط في الباعث ، وهذا مجاله نظرية الغلط وليس نظرية السبب .

[1]–حليمة أيت حمودي ، المرجع السابق ، ص 132.

ومن جهة أخرى قد يذكر في العقد باعثا مخالفا للباعث الحقيقي فهنا لا يوجد غلط في الباعث ، وإنما قصد المتعاقدين إخفاء الباعث الحقيقي ، فنحن هنا نكون بصدد صورية في الباعث ، إلا ، هذه الصورية لا تكون سببا في إبطال العقد إلا إذا كانت تخفي باعثا آخر غير مشروع ، أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة .

الفرع الرابع : إثبات السبب و الجزاء المترتب عن عدم توفره في العقد

تنص المادة 98 من القانون المدني على ما يلي « كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه »

ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد لأنه مفترض الوجود ، ولكن إذا تم ذكره صراحة في العقد فيفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يقم دليل يخالف ذلك .وفي الحالتين السابقتين لا يوجد هناك إشكال ولا حاجة للحديث عن إثبات السبب ولكن الأمر يختلف في حالة ما إذا نازع أحد الأطراف في وجود السبب أو أن سبب العقد هو غير السبب الذي تم كتابته في العقد وفي هذه الحالة يصبح هذا الطرف المنازع بحاجة إلى إثبات السبب ويكون ذلك وفق فرضين.

أولا : أن يكون العقد خاليا من ذكر السبب

وهنا يفترض أن للعقد سببا مشروعا ، وتقوم قرينة بسيطة على وجوده يمكن إثبات عكسها ،بجميع طرق الإثبات عدا الكتابة[1] لأن السبب غير مكتوب ولو كان مكتوب لكان إثبات عكسه يتم بالمثل أي بالكتابة ودخلنا في مناقشة الفرض الثاني أين يكون السبب مكتوب ومذكور في العقد .هذا مع ملاحظة أنه يشترط لبطلان العقد لعدم

1- علي علي سليمان ، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص76.

مشروعية السبب،أن يكون السبب غير المشروع معلوما من الطرفين ، وعلى المدين إذا كان العقد من عقود المعاوضات إثبات عدم مشروعية السبب[1].

ثانيا : أن يذكر السبب في العقد

وفي هذه الحالة يكون السبب مذكور في المحرر الكتابي المثبت للعقد ، ففي هذه الحالة وضع المشرع قرينة بسيطة مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي وهي قابلة لإثبات العكس ، وبالتالي يمكن للمدين أن يثبت صورية السبب وأن للعقد سبب آخر غير السبب المذكور في محرره .

ثالثا :إثبات صورية السبب

والصورية في هذه الحالة ليست صورية مطلقة لأنها لا ترد على العقد ككل ولكنها صورية نسبية ترد على ركن فقط وهو السبب[2].وفي هذه الحالة نجد أن هناك سببين سبب ظاهر وسبب خفي هو السبب الحقيقي ، وفي هذه الحالة وطبقا لقواعد الإثبات فإن عبء الإثبات يقع على المدين .ويشترط أن يتم إثبات صورية السبب بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف عن مائة ألف دينار جزائري وفي هذه النقطة هناك عدم توافق ما بين الأستاذين علي فيلالي والأستاذ علي سليمان كون الأستاذ علي فيلالي يرى أنه بإمكان المتعاقدين إثبات صورية السبب بكل الوسائل حتى في الحالة التي لم تزد قيمة التصرف فيها عن القيمة المحددة للإثبات بالكتابة أي المحددة في المادة 333 من القانون المدني[3] .

أما فيما يخص إثبات أن وراء السبب الصوري سبب آخر غير مشروع ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى جميع الوسائل المتاحة للإثبات كون شرط المشروعية شرط متعلق بالنظام العام .

---

1 –أنور سلطان المرجع السابق ، ص 169 .

2–أنور طلبة ،الوسيط في شرح القانون المدني ، دار الفكر ،مصر - طبعة 1998 ، ص 646 .

3 –على فيلالي المرجع السابق ،ص 207 والأستاذ علي علي سليمان ، المرجع السابق ،ص76.

رابعا : إثبات أن للعقد سبب آخر مشروع

وفي رأيي أنها نفس الحالة المتعلقة بالصورية لأنه لا يمكن أن يكون للعقد سبب حقيقي مختف إلا إذا عمد المتعاقدان إلى اللجوء إلى الصورية لإخفائه .وهنا يطرح الأستاذ علي فيلالي السؤال التالي :إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع ، فكيف يمكن للدائن إثبات سبب آخر يكون مشروعا ؟

المطلب الرابع : ركن الشكل – الرسمية –

تعد الرضائية بمثابة القاعدة العامة في التعاقد وهو الأمر الذي كرسته المادة 59 من القانون المدني الجزائري ولكن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة ألا وهو تطلب الشكلية بعض العقود حيث يعد الشكل فيها ركنا رابعا لا يكتمل انعقاد العقد إلا بتوفره ، وقد اقتصر الشكل كركن في العقد في التشريع الجزائري على الكتابة الرسمية دون غيرها من الشكليات التي قد ترافق تكوين العقد .

الفرع الأول : مفهوم الرسمية

ما يهمنا في تكوين العقد هو الشكلية المباشرة وهي التي تكون ركنا في تكوين العقد و الشكل بالمعنى الواسع فهو عبارة عن كل إجراء يرفق بإرادة المتعاقد من أجل انعقاد العقد فقد يكون فعل مادي كالتسليم أو الكتابة أو شهر التصرف أو التصريح به أو الحصول على رخصة مسبقة ...الخ .

وهو كذلك ميعاد أو مدة مرتبطة بقيام التصرف .أما الشكل الذي نقصده هنا والذي سنحاول دراسته هو الشكل بالمعنى الضيق والمقتصر على الرسمية أي الكتابة الرسمية فقط هذه الكتابة المعدة للانعقاد أما الكتابة المعدة للإثبات فلا تعد ركنا في العقد [1] لأنه بدون هذه الأخيرة العقد يتم ويرتب آثاره كما هو الحال بالنسبة لعقد

---

[1]–نبيل محمد عبد اللطيف ، مبادئ ونماذج العقود الرسمية والعرفية ، دار الفكر العربي ، مصر، طبعة 1990، ص 16 .

القرض الذي تزيد قيمته عن مائة ألف دينار ينشأ صحيحا ويرتب آثاره لكن الإشكال يطرح في حالة حدوث نزاع ففي هذه الحالة لا يمكن إثبات وجوده إلا عن طريق الكتابة . وهناك نوع آخر من الشكلية لكنها ليست للانعقاد كما هو الحال في عقد الإيجار الذي يجب صبه في نموذج معين وفق ما جاء في المرسوم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

والمقصود بالشكلية في العقد إذا هي ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركن من أركانه إذ لا بد منه لقيام التصرف وبالتالي فهو ركن في العقد الشكلي إضافة إلى الأركان سالفة الذكر ، وبالتالي فهي تتصل مباشرة بتكوين العقد ويترتب عن انعدامها انعدام التصرف أي انعدام العقد ووقوعه تحت طائلة البطلان .

أولا : تعريف العقد الرسمي

عرفت المادة 324 العقد الرسمي تعريفا عضويا وشكليا أي بالنظر إلى صفة الشخص الذي يصدر عنه والشكل الذي يصدر فيه وذلك كما يلي ((العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه))

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص مجموع العناصر أو الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي حتى يكون صحيحا (توفر ركن الشكل للانعقاد) وتكون له الحجية المقررة قانونا (معد بشكل جيد للإثبات وهذا غير مطلوب في دراستنا) وهذه العناصر ثلاث وهي :

أ- صدور العقد الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

1- الموظف العمومي: وهو كل من عين من طرف الدولة بوصفها السلطة العامة . للقيام بوظيفة ما داخل الجهاز الإداري للدولة أو إحدى جماعاتها المحلية.

2- الضابط العمومي : إن أول استعمال لهذا المصطلح في التشريع الجزائري جاء في القانون (27/88) المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن قانون التوثيق ، وقد تزامن مع صدور تعديل القانون المدني وقانون العقوبات والذين احتويا بدوريهما على نفس المصطلح وذلك لتحقيق الانسجام .

ويعرف الضابط العمومي تعريفا وظيفيا بأنه(شخص يضطلع بممارسة جزء من السلطة العامة التنظيمية على سبيل التفويض بمقتضى القانون من أجل ضمان إدارة وتسيير مرفق عام) مثل الموثق والمحضر .

3- الشخص المكلف بخدمة عامة :هذا المصطلح موجود فقط في ميدان تحرير السندات الرسمية وليس له أي مدلول في القانون الجزائري ،ولكن جرت العادة لدى كثيرا من الشرّاح والكتّاب على استعماله على رؤساء البلديات والخبراء[1].

ب- أن يتصرف الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصاته (إقليميا وموضوعيا).

ب-3- مراعاة الأوضاع الشكلية التي يفرضها القانون .

ثانيا : أنواع العقود الرسمية :

وقد اعتاد رجال القانون على الخلط بين العقد كتصرف قانوني وبين السند المثبت له وترتب على هذا الخلط تقسيم العقود الرسمية إلى نوعين وهي :

أ/ عقود رسمية تصريحية

ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل طلب إعداد فريضة أو تصريح شرفي أو إقرار بالزواج من طرف واحد.

---

[1]- مجلة الموثق العدد الثالث -سبتمبر-أكتوبر لسنة 2001، ص 38 .

والعقد هنا بمعنى السند . أي الورقة التي حرر عليها التصرف وبالتالي لا مجال للحديث عن ركن الشكل هنا لأنه لا يوجد أصلا عقدا بالمعنى المتعارف عليه سابقا والذي تناولته المادة 59 من القانون المدني .

ب/ عقود رسمية تعــاقدية

يجب فيها توافر إرادتين متبادلتين أي إيجاب من طرف وقبول من طرف أخر كالبيع والهبة والإيجار والشركة[1] .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للرسمية في التشريع الجزائري

ومن أجل تحديد الطبيعة القانونية للرسمية إن كانت عبارة عن ركن في العقد أم هي مجرد وسيلة للإثبات ؟ ظهرت هناك عدة آراء يمكن أن نلخصها فيما يلي:

أولا : الرسمية للإثبات فقط وليست لصحة العقد

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ صالح باي أستاذ القانون بجامعة الجزائر والذي يعتبر أن الشكلية هي شرط للإثبات وليست ركن لانعقاد العقد ويرجع ذلك إلى عدة حجج منها :

1/ موقع النص في القانون المدني وهو الإثبات بالكتابة ومادمت المادة جاءت تحت باب الإثبات بالكتابة ، فهنا الشكلية للإثبات .

2/ المصطلحات المستعملة تحتوي على كلمة " يثبت " معنى ذلك أن الكتابة الرسمية وسيلة للإثبات وليس للانعقاد .

ثانيا :الكتابة الرسمية هي شرط لنقل الملكية

فحسب هذا الرأي فالعقد يمر بمرحلتين فالمرحلة الأولى هي انعقاد العقد بين الطرفين .وهنا ننظر إلى توفر الشروط الموضوعية . ولكن في المرحلة الثانية يجب توثيق العقد

1- مجلة الموثق العدد الخامس ، ديسمبر2001 ص 21 .

وكتابته كتابة رسمية حتى يتم نقل الملكية . ومن بين أنصار هذا الرأي اميزور مليكة في رسالة ماجستير مقدمة في جامعة وهران سنة 1983 بعنوان formalisme contractuelle

ولكن هذا الرأي تعرض للنقد التالي : إذا كان الغرض من عقد البيع هو نقل الملكية إذا كيف نميز بين مرحلتين في عقد البيع .ثم أن هناك تناقض حيث يقولون أن العقد صحيح كلما توافرت شروطه الموضوعية ثم يقولون أنها لا تنتقل إلا بالتوثيق فبمفهوم المخالفة . مادام لم تنتقل الملكية فالعقد غير صحيح . وقد جاءت العديد من القرارات متماشية مع هذا الطرح من بينها

القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية في 1996/04/17 تحت رقم 154760 والمتعلق بقضية وعد ببيع عقار حيث نجد أن قضاة الموضوع حكموا بإتمام عملية البيع وذلك من خلا توجيه الأطراف إلى الموثق لإتمام الإجراءات الشكلية وصب العقد في شكل رسمي وهو ما يعني أن قضاة الموضوع لم يعترفوا بالشكل كركن في العقد واكتفوا باعتباره إجراء من إجراءات نقل الملكية .وكذلك القرار الصادر في 1990/01/07 عن المحكمة العليا والذي جاء فيه مايلي حيث أن غياب الشكلية الرسمية يرجع إلى إهمال البائع الذي لم ينفذ التزاماته التعاقدية فهذا العقد ليس عقد باطل ولكنه عقد صحيح .

ثالثا :الرسمية ركن لانعقاد العقد

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ علي فيلا لي وهذا الرأي أكثر منطقية لأنه مستمد من نص المادة 324 مكررا وقد تدعم بقرار مبدئي صادر عن هيئة الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18.

وهذا القرار بيداغوجي إن صح التعبير من جهة كيف الشكلية ومن جهة أخرى تحدث عن البطلان وأثاره وتفسير هذه الآثار - كيف يعود بأثر رجعي –

وعليه فالبطلان في هذه الحالة هو بطلان مطلق وليس نسبي لأنه بطبيعة الحال لما نقول نسبي لا بد علينا أن نوضح لصالح من تقرر أي من يحق له التمسك به .

وقد أكد ذلك قانون التوجيه العقاري في المواد 56.55 منه . وجعل التصرفات المخالفة باطلة وعديمة الأثر. وخلاصة القول يجب أن نفرق بين الكتابة المعدة للانعقاد والتي يؤدي انعدامها إلى وقوع العقد تحت طائلة البطلان وبين الكتابة المعدة للإثبات والتي يؤدي انعدامها إلى فقدان وسيلة الإثبات المنصوص عليها قانونا .

المبحث الثالث: شروط صحة العقد .

إن العقد بالرغم من توفره على جميع الأركان الضرورية لانعقاده وهي التراضي و المحل والسبب في العقود الرضائية وركن الشكل في العقود الشكلية ،إلا أنه يبقى مهددا بالزوال إذا لم يكن أحد أطرافه أهلا للدخول في عملية التعاقد أي لم يكن يتوفر على أهلية التعاقد ، أو كانت إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا وهو ما يؤدي إلى عدم صحة العقد ككل وليس ركن الرضى فحسب ، وعليه فقد تناولنا شروط صحة العقد في مبحث مستقل بعيدين عن أركانه .وذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول ضرورة توفر أهلية التعاقد أما المطلب الثاني فنتناول فيه خلو الإرادة من عيوب الرضا .

المطلب الأول : مفهومأهلية التعاقد وتمييزها عن المفاهيم المجاورة

من بين المفاهيم الأكثر ارتباطا بالعملية التعاقدية نجد مفهوم الأهلية ، وذلك للدور الكبير الذي تلعبه في حفظ حقوق الأطراف من خلال نوع من التساوي بصدور الإرادة عن أشخاص يتمتعون بكامل أهليتهم القانونية التي لا يشوبها عيب أو نقص وسنوضح ذلك فيما سيأتي .

الفرع الأول : تعريفها

في اللغة نقصد بأهلية الشخص لأمر ما هو صلاحيته لصدور ذلك الأمر عنه وطلبه منه ، أما قانونا فهي صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات وأهليته لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه الالتزامات[1] .

والأهلية المقصودة في موضعنا هذا هي أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية أي ما يطلق عليه بأهلية الأداء ، أو صلاحية لاستعمال الحق [2].

وتكون هذه الأهلية ببلوغ الشخص تسعة عشرة سنة ميلادية كاملة حسب ما تنص عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني : تمييز الأهلية عن بعض المفاهيم المجاورة ومناط الأهلية هو سن التمييز والذي حدده المشرع الجزائري ب13 سنة ميلادية كاملة وقد كانت هذه السن قبل تعديل جويلية 2005 محددة ب16 سنة وكانت يومها سن متأخرة مقارنة مع بعض التشريعات العربية الأخرى ، وقد حدد المشرع سن تسعة عشر سنة كسن اكتمال الأهلية القانونية هذه الأهلية التي قد تتشابه مع بعض المفاهيم نوجزها في ما يلي :

أولا/ الأهلية والولاية على المال

الأهلية هي ما سبق تعريفه أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير مثل ذلك الوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، فكل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور عليه والغائب فلا يقال أن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير بل يقال أن له ولاية التصرف في هذا المال .

1- محمد حسنين ، نظرية الحق بوجه عام ، ص55 .

2- عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ، الجزء الأول- المرجع السابق ، ص285 .

فالولاية هي صلاحية بالنسبة لمال الغير أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

ثانيا/ عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف فيه

فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده ، أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية بسبب نقص التمييز بل يعود لعدم قابلية المال ذاته للتصرف .

ثالثا/ عدم الأهلية والمنع من التصرف

فقد يمنع شخص من التصرف في ماله لمصلحة مشروعة ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف ،ومثال ذلك منع المريض مرض الموت من التصرف في أمواله وذلك حتى لا يتم الإضرار بمصالح الورثة [1].

الفرع الثالث : مراحل الأهلية إن قلنا أن أهلية الأداء تكتمل ببلوغ سن تسع عشرة سنة معنى ذلك أنها تمر بمراحل مختلفة تتلخص في مايلي :

المرحلة الأولى :مرحلة الجنين وله أهلية وجوب وليس له أهلية أداء .

المرحلة الثانية :من الولادة إلى غاية سن 13 سنة وهي مرحلة يكون فيها الشخص عديم الأهلية وكل تصرفاته تقع باطلة .

المرحلة الثالثة :وهي مرحلة التمييز وتكون ببلوغ سن 13 سنة وتستمر إلى غاية بلوغ سن 19 سنة وفي هذه المرحلة يكون الشخص ناقص الأهلية ، يمكنه القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا وتكون صحيحة ومثال ذلك أن يكون هو الموهوب له في عقد الهبة أو الموعود له في عقد الوعد . ولا يمكنه القيام بالتصرفات الضارة له ضررا محضا ومثال ذلك أن يكون هو المتبرع في عقد الهبة . ولن هناك نوعا آخر من التصرفات لا هي

---

[1]–عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 286 .

ضارة ولا هي نافعة هذه التصرفات يطلق عليها اسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي تصرفات يقوم بها القاصر ولكنها تكون مهددة بالإبطال ولا يزول هذا التهديد إلا بعد مضي عشرة سنوات على بلوغ القاصر سن الرشد وعد استعماله لحقه في إبطال العقد أو إجازتها من طرف الولي أو الوصي حسب نص المادة 83 من قانون الأسرة ، وفي ذلك أخذ بفكرة العقد الموقوف والتي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

وما يجب قوله في هذه النقطة أن القانون المدني هو المسؤول عن تنظيم أحكام تصرفات عديمي الأهلية وناقصيها لأنه هو المختص بها لا قانون الأسرة ، والذي ينبغي أن يقتصر في نصوصه على مواد الأحوال الشخصية وحدها دون أن يتعرض لحكم التصرفات المالية التي يختص بها القانون المدني وحده بالحكم بصحتها أو ببطلانها[1]، وإذا قلنا أن القانون المدني لم يتناول تصرفات المميز وبالتالي فهي صحيحة ومنتجة لجميع آثارها متى كانت دائرة بين النفع والضرر ويزول الحق في إبطال التصرف بالإجازة (وهنا الإجازة مخولة للصبي الذي قام بإبرام الصرف وليست للولي أو الوصي وهو ما يناقض نص المادة 83 من قانون الأسرة) ويسقط الحق في إبطال هذه التصرفات أيضا إذا لم يتمسك به صاحبه أي ناقص الأهلية خلال خمس سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد ،وما تجدر الإشارة إليه أن ناقص الأهلية حسب ما تنص عليه المادة 101 هو نفسه المصطلح الموجود ضمن نص المادة 43 والذي يضم بالإضافة إلى من لم يبلغ سن 19 سنة كل من المعتوه والسفيه .

و خلال هذه المرحلة ترشيد القاصر للقيام ببعض التصرفات القانونية أو كلها وفق ما تنص عليه المادة 2/38 وذلك ببلوغ القاصر سن 18 سنة وهي توافق المادة 5 من القانون التجاري وفي مضمون هاتين المادتين تعارض مع ما تنص عليه المادة 84 من قانون الأسرة والتي تعتبر أن كل شخص بلغ سن التمييز يمكن أن يصير راشدا وهو

[1]- علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص 264.

أمر لقي معارضة أغلب رجال القانون لأن الشخص وفق هذا التصور يمر مباشرة من مرحلة عديم الأهلية إلى الرشد مباشرة وهو أمر غير منطقي.

المرحلة الرابعة :وهي مرحلة البلوغ القانوني واكتمال الأهلية ببلوغ سن الرشد والذي حدده القانون المدني الجزائري بسن 19 سنة ميلادية كاملة ،وفي هذه المرحلة يصبح الشخص قادر على إبرام جميع التصرفات وتكون كلها صحيحة ، شريطة أن لا يكون الشخص قد تعرض لما يحد من أهليته أو ينقص منها أي عدم تعرضه لأي عارض من عوارض الأهلية والتي سندرسها في العنصر الموالي والمتعلق بسلامة الأهلية من العيوب .

الفرع الثالث : سلامة الأهلية

من المعلوم أن أحكام الأهلية متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يمكن النزول عنها أو الاتفاق على مخالفتها وبناءا على نص المادة 78 من القانون المدني والتي تنص على مايلي ((كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون)) وهي مادة مسها تعديل جوان 2005 .

وعليه ومن خلال هذه المادة يتضح أن هناك حالات بالرغم من بلوغ الشخص فيها سن الرشد إلا أن أهليته تكون إما ناقصة أو مفقودة وبالتالي لا يمكن له القيام بأي تصرف قانوني ، ويقع عبء إثبات هذه الحالة أي عدم الأهلية أو نقصها عل الطرف الذي يدعي ذلك كما أن القاصر إذا لجأ إلى طرق إحتيالية لإخفاء نقص أهليته وصغر سنه فإنه يلتزم بالتعويض عن هذا العمل غير المشروع [1] ويمكن في هذه الحالة وحسب رأي غالبية الفقه الحكم بإبقاء العقد كخير تعويض [2] .

---

[1]– الأهلية المطلوبة في مطالبة القاصر بالتعويض هي أهلة التمييز حسب نص المادة 125 من القانون المدني .

[2]–محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام بوحه عام، المرجع السابق ، ص41.

و بالتالي سنقسم هذا العنصر إلى قسمين في القسم الأول سنتناول حالات سلب الأهلية وفي القسم الثاني نتناول حالات الحد من الأهلية .

أولا : حالات فقدان الأهلية

وهي ما يطلق عليها بعوارض الأهلية التي تصيب الإنسان في عقله وهي الجنون والعته .

أ-الجنون :هو مرض يصيب العقل فيؤدي إلى اضطرابه أو زواله وهو ما يؤدي إلى إعدام الإرادة .

ب -العته :هو نقص خلقي أو مرض طارئ أو تأثير ناتج عن كبر السن يصيب الإدراك أو العقل ، فقد يصل إلى حد إعدام الإرادة كلية فيجعل المعتوه في حكم الصبي غير المميز شأنه شأن الجنون ، وقد لا يصل إلى حد إعدام الإرادة كلية فيجعل المعتوه في حكم الصبي المميز وهذا هو رأي الفقه الإسلامي والذي نتناوله من باب الإشارة فقط[1] .

غير أن القانون المدني الجزائري يعتبر المعتوه كالمجنون فاقد التمييز ، فتقع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا كالمجنون ولو كانت نافعة له نفعا محضا فتنص المادة 42 من لقانون المدني على مايلي « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لعته أو جنون ...»

والقانون المدني على خلاف قانون الأسرة يحكم على تصرفات المجنون والمعتوه بالبطلان المطلق حتى قبل الحجر عليه وبما أن قانون الأسرة قد صدر بعد القانون المدني ، وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فإنه لابد من الأخذ بقانون الأسرة والذي يشترط صدور الحكم بالحجر على الشخص المجنون أو المعتوه حتى نحكم ببطلان تصرفاته بطلانا مطلقا

---

[1]–علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص50 .

أما ما حدث من التصرفات قبل صدور الحكم فتبقى صحيحة (مراجعة هذا الكلام لأنه مناقض لما قاله الأستاذ علي علي سليمان)

ثانيا- حالات نقص الأهلية

وتكون نتيجة ما يطلق عليه بعوارض الأهلية التي تصيب الإنسان في تدبيره وهي السفه والغفلة .

أ- السفه :هو تبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع لغلبة الهوى على السفيه ، فعلة السفيه أنه مسرف تتسم تصرفاته بالشذوذ في نظر غالبية الناس

ب-الغفلة أو ذو الغفلة :فهو عبارة عن الساذجة التي لا يعرف صاحبها ما ينفعه وما يضره وتؤدي به إلى أن يغبن في المعاملات غبنا فاحشا أو تتعرض أمواله للضياع ، وهذا المصطلح وقع حوله جدلا واسعا في أوساط الفقهاء الذين تناولوا شرح القانون المدني الجزائري على اعتبار أن القانون المدني قبل تعديل جويلية 2005 لم يتعرض له بل أورد بدلا منه مصطلح المعتوه ضمن نص المادة 43 .ولكن بعد التعديل الأخير تدارك المشرع الجزائري هذه الهفوة وصار نص المادة 43 على النحو التالي ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون))

وحالة السفه وذا الغفلة تُلحق حسب نص المادة 43 من القانون المدني الجزائري بالصبي المميز فيما يخص حكم تصرفاتهم .إلا إن قانون الأسرة خالف ذلك وألحق السفيه وقياسا عليه ذا الغفلة بالمجنون والمعتوه واعتبر تصرفاتهما باطلة بطلانا مطلقا بعد الحكم بالحجر عليهما وصحيحة قبله [1].

---

[1]-بن شعبان حنيفة ، محاضرات في نظرية الالتزام ملقاة على طلبة الحقوق بكلية الحقوق ببن عكنون .السنة الجامعية 2003/2002 ، ص 39 .

المطلب الثاني : خلو الرضا من عيوب الإرادة

نظرية عيوب الإرادة مترتبة على مبدأ سلطان الإرادة ،وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وهي على هذا النحو مطابقة لما ورد في القانون المدني المصري الحالي وهي تزيد بعنصر الاستغلال عن ما هو موجود في القانون المدني الفرنسي وتنقص الغبن هذا الأخير الذي تناوله جمهور الفقهاء في فرنسا على اعتبار أنه عيب من عيوب الإرادة .غير أن هذه الإضافة ليست في محلها على اعتبار أن الغبن ليس عيب في الإرادة ولكنه عيب في العقد ، إذا هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يأخذه فهو عيب في المحل . ويسلم الفقه الفرنسي بأن الغبن ليس عيبا في الرضا قائما بذاته ولكنه مبني على كون العاقد المغبون كان فريسة لأحد عيوب الرضا وهي الغلط أو التدليس والإكراه فأخذا بروح القانون فالغبن عيب في الرضا .

الفرع الأول :

هو أول العيوب التي تصيب الارادة وتطرق له المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني

أولا: تعريف الغلط

هو عبارة عن وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له أمرا على غير حقيقته ، فإن كان موجود تصوره غير موجود وإن كان غير موجود تصوره موجودا وإن كان صحيحا تصوره باطلا أو العكس[1].

وقد تم تعريف الغلط أيضا بأنه حالة تقوم في النفس تحمل الشخص على توهم غير الواقع ، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة

[1]- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام ، دار الكتاب الحديث ،مصر ، طبعة 1990، ص 130

صحيحة يتوهم عدم صحتها . وبالتالي فهو تصور خاطئ للأمور والأشياء حيث يتبين أن الشيء بمواصفات معينة إلا أن الحقيقة هي غير ذلك [2] .

ثانيا: أنواع الغلط

والغلط في حقيقة الأمر أنواع ودرجات منها ما يؤثر على سلامة الرضا ومنها ما هو دون ذلك وعلى هذا الأساس يقسم الغلط إلى غلط مانع وغلط معيب للرضا وغلط لا أثر له على الرضا ، ومنه فالنوع الأول يبطل العقد بطلان مطلق أما النوع الثاني فيبطل العقد بطلانا نسبيا أما الأخير فلا أثر له على صحة العقد .

أ: الغلط المعدم للرضا .

وهو الغلط الذي يكون في ماهية العقد أو في ذاتية محل الالتزام أو في سبب الالتزام .

ب: الغلط المؤثر في الرضا وغير المعدم له .

ويكون في حالتين:

الحالة الأولى : الغلط في مادة الشيء ومعيار الغلط في مادة الشيء هو الصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد وهذا هو منطق سلطان الإرادة [1].

الحالة الثانية : الغلط في شخصية المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار ومثال ذلك أن يعتقد شخص أن شخصا ما قريبا له فيقوم بتقديم هبة له لكن بعد ذلك يتضح أن هذا الشخص لا يمد له بصلة .

ثالثا: الغلط غير المؤثر في العقد .

ويكون هذا النوع من الغلط حينما ينصب على صفة غير جوهرية أو حينما ينصب على شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار .

---

[1]–علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص109 .

2- محمد حسنين، نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 43 .

أما الغلط في الباعث والغلط في محل الالتزام يؤدي بالمتعاقد إلى الوقوع في الغبن والغبن كقاعدة عامة ليس سببا من أسباب البطلان[12]

ويعتبر هذا التقسيم لمفهوم أو فكرة الغلط من وضع النظرية التقليدية والتي واجهت نقدا لاذعا أدى إلى هجرها ، وتبني فكر حديث يعتبر أن الغلط الذي يصيب الرضا هو الغلط في الصفة الجوهرية التي أرادها المتعاقد في الشيء أي الغلط في الدافع إلى التعاقد ، أي إذا كان الغلط هو الدافع فهو مؤثر والعكس صحيح[2] .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري « يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله ..» وهو ما يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة في الغلط أي أن كل غلط يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال يكون جوهريا المادة 82 مكملة لنص المادة 82 معرفة الغلط الجوهري بقولها « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط .

ويقع الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية .

إذا وقع غي ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .»

وتعليقا على هاتين المادتين فإن المشرع الجزائري عوض أن يعرف الغلط الجوهري تعريفا شاملا ودقيقا اكتفى بالإشارة إلى مواصفاته من جهة وإلى بعض صوره من جهة أخرى .

[1] – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص43.

[2]- محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 170.

أولا: مواصفات الغلط الجوهري

يستخلص مما ورد في النصوص القانونية أن الغلط الجوهري غلط جسيم ومؤثر من جهة أخرى .

أ: أن يكون جسيما

وهو الذي يبلغ درجة من الأهمية والخطورة تستدعي تدخل القانون لحماية المتضرر منه وتقدير جسامة الغلط أمر نسبي لأن ما هو جسيم بالنسبة لمتعاقد ما لا يعد كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر[1] .

ب: أن يكون مؤثرا

زيادة على كونه جسيم يجب أن يكون مؤثرا ، ومعنى ذلك أن يكون هو الدافع إلى إبرام العقد ، وأنه كان وراء تصميم المتعاقد على إبرام العقد .

ثانيا : صور الغلط الجوهري :

وقد ورد ذلك ضمن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 82 من القانون المدني سالفتي الذكر .

أ: الغلط في صفة الشيء :

وصفة الشيء تحدد من خلال المعيارين الشخصي والموضوعي .

فالمعيار الشخصي يربطها بنفسية المتعاقد والرغبة التي دفعته إلى إبرام العقد ،أما المعيار الموضوعي فيربطها بذاتية الشيء بغض النظر عن الدوافع الشخصية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد ويمكن تحديد ذلك بالاعتماد على النظرة المشتركة للمتعاقدين أو أن تستخلص من شروط العقد .

---

[1]–علي فيلالي المرجع السابق ، ص110 .

ب: الغلط في ذات أو صفة المتعاقد :

يكون الغلط جوهريا بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 82 من القانون المدني ((...إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ،وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد ..))

وهذا الأمر لا يتحقق إلا في العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار كما هو الحال في عقد الوكالة وعقد الهبة وعقد العمل وشركة الأشخاص ..الخ وفي هذه الحالات تكون شخصية المتعاقد أمرا جوهريا .وقد تكون صفة من صفات التعاقد هي الدافع إلى التعاقد كأن يقوم المؤجر بتأجير المسكن إلى شخص متزوج لا إلى شخص أعزب .

ج: الغلط في القانون

تنص المادة 83 من القانون المدني على أنه ((يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع ، طبقا لنص المادتين 81- 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك))

فالغلط في القانون يجعل العقد قابل للإبطال كالغلط في الواقع تماما بشرط أن يكون الغلط جوهريا ،أي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم المتعاقد الآخر العقد .

وقد يعترض على الغلط في القانون بأن هناك قاعدة قانونية تقول أنه لا عذر بجهل القانون ، فكيف يقبل هنا الجهل بالقانون .

وما يمكن قوله في هذا المقام أن هذه القاعدة تخص القواعد المتعلقة بالنظام العام فقط أي القواعد الآمرة دون غيرها .

ومثال الغلط في القانون التزام الوارث بتسديد ديون الموروث بعد انتهاء أموال التركة وعدم كفايتها ،معتقدا أن القانون يلزمه بذلك .أو كأن يهب رجل مالا لزوجته التي طلقها بالثلاث معتقدا أنه بإمكانه إرجاعها .

د: الغلط في الباعث

ومثال ذلك أن يشتري شخص سيارة معتقدا أن سيارته قد سرقت منه في حين أن ذلك لم يحدث وكل ما في الأمر أن أحد أبنائه أخذه للتتزه فقط.

ه: الغلط المادي ومدى تأثير في العقد

الغلط المادي ليس بالغلط الجوهري فهو يتمثل في الغلط في الحساب أو الكتابة وبالتالي فهو لا يؤثر في صحة العقد ، ويكتقي الأطراف بتصحيحه فقط وقد نصت على ذلك المادة 84 بقولها « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلاطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط » .

ومثال ذلك أن يشتري شخص مائة كيس من القمح ثمن الكيس الواحد 1000 دج وأثناء كتابة الثمن الإجمالي في العقد يسقط صفر و يكتب 10000 دج بدل 100000 دج فهنا لا يبطل العقد ولكن يصحح الرقم فقط .

ثالثا: شروط التمسك بالغلط

أولا: عدم تعارض الغلط مع حسن النية

إن الغلط الذي يتعارض مع حسن النية لا يجوز التمسك به وذلك وفق ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني الجزائري « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية ...»

ويمكن القول هنا بأن الأخذ بهذه المادة هو تطبيق خاص لنظرية التعسف في استعمال الحق [1]،إذ لا يجوز لمن له الحق في طلب إبطال العقد أن يتمسك به ، إذا كانت علة تمسكه قد زالت . ومثال ذلك شخص يبيع سندا تجاريا وهو يجهل أن هذا السند قد ربح جائزة وبعد علمه بهذه الواقعة يطلب إبطال العقد لذات السبب ولكن المشتري يقوم بالتنازل عن هذه الجائزة لصالح البائع وهو ما يفقده حق التمسك بالبطلان لزوال

[1]–محمد حسنين النظرية العام للالتزام ، المرجع السابق، ص 46 .

العلة . وما يمكن قوله في الأخير أن حسن النية هنا يقصد به نزاهة التعامل بين المتعاقدين .

ثانيا: استحقاق الحماية القانونية

يجب أن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط أهلا للحماية القانونية فإذا كان الغلط الذي وقع فيه ناتج عن طيش أو إهمال واضح فلا يستحق تلك الحماية ولا يمكنه المطالبة بإبطال العقد لأنه كان بإمكانه تفاديه [2].

والفقه والقضاء في فرنسا يعتبرانه خطأ تقصيريا لا يمكن التجاوز عنه وغير تعويض له هو أن يلتزم المتعاقد الآخر الإبقاء على العقد [3].

ثالثا : علاقة المتعاقد الثاني بالغلط يرى بعض الفقه أن الغلط الفردي لا يكفي للمطالبة بإبطال العقد للغلط ، بل لا بد من اشتراك المتعاقدين في الغلط وهذا حفاظا على استقرار المعاملات والحد من التعسف في استعمال الحق في إبطال العقد وتقضي العدالة العقدية أيضا أن يكون الغلط المبطل للعقد مشتركا بين المتعاقدين وإلا كيف نبرر حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط على حساب المتعاقد الثاني الذي لا ذنب له فيما وقع واطمأن للعقد ، وربما يكون قد قام ببعض الالتزامات نحو الغير تنفيذا لهذا العقد ويكون هذا الغير حسن النية .

وهناك رأي ثاني لا يتطلب للتمسك بالغلط أن يكون مشتركا ما بين المتعاقدين وإلى جانب هذين الرأيين ظهر رأي ثالث لا يشترط أن يكون الغلط مشترك ولكنه يضيف شرطا آخر على هذا الشرط فيشترط أن يكون الغلط الفردي كافيا في الحالة التي يكون المتعاقد الثاني يعلم به أو من المفروض أن يعلم وهنا يجب أن نفرق بين الوقوع في الغلط أو العلم بالغلط .

---

[1]–علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص121.

[2]–محمد حسنين ،النظرية العام للالتزام ، المرجع سابق ، ص 46 .

رابعا: موقف المشرع الجزائري

المشـرع الجزائـري مـن خـلال نـص المـادة 81 سـالفة الـذكر لم يشـر إلى علـم المتعاقد الآخر واكتفى بإعطاء شرط واحد وهو أن يكون الغلط جوهري وبالتالي فبإمكان من وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد بغض النظر إن كان المتعاقد الثـاني كذالك واقع في الغلط أو يعلم أو من المفروض أن يعلم به ويتنبه لـه أو لا يعلمه وليسـت لـه المكنة للعلم به .

والمشرع الجزائري الذي رأيناه في أكثر من موقع يأخذ حرفيا عـن المشـرع المصـري في هذه الحالة الأمر يختلف لأن ما يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري هو نص المادة 120 والتي تنص « إذا وقع التعاقد (الأصح المتعاقد) في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، أن كان المتعاقد الآخر وقع مثلـه في الغلـط أو كـان علـى علـم بـه أو مـن السهل عليه أن يتنبه »[1]

وفي رأيي أن المشرع الجزائري كان على صواب حينما اكتفى بالجزء الأول من المادة لأن طلب إبطال العقد للغلط مقرر لمصلحة المتعاقد الذي وقع في الغلط بغض النظر عن وضعية المتعاقد الثاني تجاه الغلط .

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ محمد صبري السعدي «أن الغلط الجوهري لا يجيز إبطال العقد ألا إذا كان غلطا مشتركا ، أو كان غلطا فرديا ، يعلمه المتعاقد الآخر أو من السهل عليه أن يتبينه »[1] وحقيقة الأمر أن هذا الكلام إن كان مقبول في القانون المدني المصري لوجود ما يقابله ضمن نص المادة 120 قانون مدني مصري فإن ليس كذلك في القانون المدني الجزائري لأن نص المادة 81منه جاء واضحا وبالتالي كيفما يكون المتعاقد الآخر أي واقعا هو كذلك في الغلط أو أن الغط فردي والمتعاقد الآخر

[1] - أسامة أحمد شتات ، القانون المدني حسب أحدث التعديلات ،2004 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المادة 120.

[2]-محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ، ص177 .

يعلمه أو من السهل عليه أن يعلمه أو لا يعلمه ويصعب عليه العلم به في جميع هذه الحالات يجوز للمتعاقد طلب إبطال العقد للغلط وذلك طالما أنالغلط جوهري.

الفرع الثاني : التدليس

تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على مايلي «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر التدليس هو ثاني عيب من عيوب الرضا والتي يمكن للمتعاقد الاعتماد عليها في إبطال العقد .وذلك ما سندرسه بالاعتماد على المراحل التالية .

أولا : تعريف التدليس :

لقد عرف التدليس بأنه إيقاع المتعاقد عمدا في غلط يدفعه إلى التعاقد [1].

وعرف أيضا بأنه استعمال طرق إحتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد [2] .

وهو أيضا إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة لاستعمال الحيلة وهو ما يؤدي حتما إلى الغلط [3].

ثانيا : علاقة التدليس بالغلط : لقد لاحظنا أن معظم التعاريف السابقة تقرن التدليس بالغلط[4] وتعتبر أن التدليس هو الغلط الذي يقع فيه المتعاقد نتيجة استعمال

[1]-توفيق العطار، المرجع السابق ، ص98 .
[2]-على على سليمان، النظرية العامة للالتزام ، ص 60 .
[3]-محمد حسنين ، نظرية الالتزام ، ص46 .

المتعاقد الآخر طرقا إحتيالية ، وبالتالي فالتدليس هو مجرد نوع من أنواع الغلط وهو ما يدفع ببعض الفقه إلى تسميته بالغلط المستثار أي المدبر[5] .

ولذا يكون العقد قابلا للإبطال ليس بسبب التدليس في حد ذاته ولكن بسبب الغلط الذي أوقع فيه المتعاقد الثاني .

وقد حاول الفقه توضيح هذه الفكرة بشكل أفضل من خلال محاولة التمييز بين هذين المفهومين ، فبالنسبة للقانون الفرنسي يمكن التمييز بسهولة بين الغلط والتدليس حيث تكون العبرة بالغلط إذا تعلق الأمر بصفة الشيء أو ذات المتعاقد بينما يعتد بالتدليس إذا تعلق الغلط بغير ذلك شريطة أن يكون الغلط غلطا مدبرا .

بينما القانون المدني الجزائري والقانون المصري فقد مسلكا مغايرا ، لأن مجال الغلط الجوهري غير مقيد بصفة الشيء أو بذات المتعاقد وإنما يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد . ومن هذا المنطلق فإن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد وهو يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من غلط فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطا دافعا والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة ، فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل بالغلط .

وهنا نطرح السؤال التالي إذا كنا نستطيع الوصول لنفس النتيجة باستعمال نظرية الغلط فما الفائدة من وجود نظرية التدليس ؟

---

[1]- قبل أن نتحدث عن علاقة التدليس بالغلط ،لابد من التفريق بين التدليس وبعض المفاهيم المجاورة أولا كالغش والنصب . فالتدليس يختلف عن الغش كون التدليس يكون في مرحلة تكوين العقد بينما يقع بعد تكوين العقد وهو بالتالي يخرج عن دائرة العقد .كما يختلف التدليس المدني عن التدليس الجنائي أو ما يعرف بالنصب لأن الطرق الإحتيالية في النصب عبارة عن عنصر مستقل قائم بذاته وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الإحتيالية .

[2]- راجع الأستاذ علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 124 .

غير أن هناك مجموعة من الفقهاء تنتقد هذا الرأي وتقول باستقلالية نظرية التدليس عن نظرية الغلط مستدلين بحجج عدة منها :

الغلط عيب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه بينما المدلس عليه يقع في الغلط بسبب المتعاقد الآخر .

إثبات الغلط أمر صعب كونه يتعلق بحالة نفسية بينما إثبات التدليس أمر سهل لتعلقه بواقعة مادية .

يترتب على الغلط إبطال العقد في حين يترتب على التدليس زيادة على الإبطال تعويضا للمدلس عليه.

يمكن إبطال العقد للغلط ولو صدر من أجنبي بينما لا يمكن ذلك في حالة التدليس إلا إذا كان المتعاقد الثاني على علم بالتدليس الذي حصل من الغير .

وتعد هذه الحجج أمور عملية وهي في نفس الوقت تمثل حجج المشرع في الاحتفاظ بنظرية التدليس جنبا إلى جنب مع نظرية في القانون المدني .

ثالثا : شروط التدليس

للتدليس ثلاثة شروط وهي :

استعمال طرق إحتيالية و أن تكون هذه الطرق هي الدافع إلى التعاقد وأن تكون كذلك صادرة من المتعاقد الآخر أو على الأقل يكون بإمكانه العلم به .

أ-استعمال طرق إحتيالية

واستعمال الطرق الإحتيالية يتكون من عنصرين .

1: العنصر المادي وهو استعمال الحيل حيث تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد[1] وتكون هذه الحيل عبارة عن وسائل مادية تتخذ لتضليل المتعاقد ويولد في ذهنه صورة تخالف الواقع . ويشمل ذلك كل المظاهر

[1]–علي علي سليمان - نظرية الالتزام - المرجع السابق ،ص61 .

الكاذبة التي لا تطابق الواقع كالتظاهر بالغنى والجاه أو انتحال صفة أو اصطناع أوراق أو مستندات أو كشوفا لحساب بنوك أو تصوير شركات وهمية لا وجود لها .

والأصل أن مجرد الكذب لا يعتبر في ذاته من الطرق الإحتيالية كما إذا بالغ التاجر في وصف بضاعته ، لكنه يعتبر تدليسا إذا أرفق هذا الكذب ببينات تدعم أقواله ،غير أن محكمة النقض الفرنسية سلكت مسلكا مخالفا واعتبرت أن الكذب يعد تدليسا إذا اثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بهذه الواقعة وهو الموقف الذي أخذت به المادة 86 ق م ج .

2- العنصر المعنوي :توافر نية التدليس والتضليل لدى المدلس مع قصد الوصول إلى غرض غير مشروع أما إذا كان الغرض مشروعا فلا تدليس مثال استعمال طرق إحتيالية للحصول على إقرار بالوديعة من شخص غير أمين فإنه لا يأتي تدليسا.[2]

كما أنه على عكس السكوت المجرد الذي لا يفيد شيئا فإن السكوت العمدي يرجى منه إخفاء الحقيقة حتى يقدم المدلس عليه على التعاقد فالمدلس يلتزم السكوت قصد إيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد ، فالتضليل خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وانصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة تتمثل في إخفاء الحقيقة عن المدلس عليه حتى ينتزع رضاه .

وأخذ الفقه بنية التضليل بمفهومها الواسع حيث تتحقق بمجرد علم المدلس أن كتمانه أو استعماله لبعض الحيل قد يفسد رضاء الطرف الثاني وقد يحصل التدليس أيضا بمجرد إدراك المدرس للضرر الذي يلحق المدلس عليه من جراء سلوكه .

ب- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد

فتنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الطرق التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف

---

[2]–محمد حسنين- نظرية الالتزام – المرجع السابق، ص 47 .

الثاني العقد ، وهنا علينا أن نبحث في الدافع وهو أمر نفسي وشخصي بإمكان قاضي الموضوع استخلاصه من الظروف ، وما تجدر الإشارة إليه أن فكرة التفرقة بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع والتي كانت سائدة في الفقه الفرنسي صارت اليوم منتقدة من طرف الفقهاء المحدثين حيث يرون أن التدليس تضليل سواء دفع إلى التعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أبهظ فإنه يعيب الرضا ويجيز طلب إبطال العقد[2] .

ج- أن يكون التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من المفروض أن يعلم به .

يقع التدليس عادة من أحد المتعاقدين على الآخر ويستوي أن يكون المتعاقد المدلس عليه أصيلا أو نائبا فالأصيل مسؤولا عن التدليس الحاصل من نائبه ، كما أن حسن النية في التعاقد يقتضي حماية المدلس عليه .

وقد يقع التدليس من غير المتعاقدين على أحد المتعاقدين وفي هذه الحالة ليس للمدلس عليه أن يطعن في العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد معه يعلم بتدليس الغير أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ، وذلك لحماية المتعاقد حسن النية والذي لم يكن على بينة من هذا التدليس وهو ما يساهم في استقرار المعاملات .

الفرع الثالث: الإكراه

تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري على مايلي : ((يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال))

ومن خلال نص هذه المادة وموقعها ضمن القانون المدني يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بعيب الإكراه كثالث عيب يصيب الإرادة ويدفع بالمتعاقد الواقع تحت سلطان

---

[1]محمد حسنين- نظرية الالتزام - المرجع السابق ، ص48 .

خوف حال شديد من خطر قد يصيبه لو لم يبرم العقد ، وفي هذه الحالة الإرادة موجودة ولا جدال في ذلك ولكن المشكل أنها لا تتمتع بالحرية التامة .

أولا: تعريف الإكراه

هو عبارة عن استعمال وسائل الشدة والتخويف من طرف شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها على الرضا بالعقد ، فيكون هذا التعاقد نتيجة لرهبة وخشية من الأذى .[1]

ويعرفه الأستاذ علي فيلالي بأنه ضغط غير مشروع يمارس عل المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه[2] .

ثانيا: شروط الإكراه

لقد أورد المشرع الجزائري ثلاثة شروط لقيام الإكراه وهي :

أ:الشرط الأول - التعاقد تحت الضغط واستعمال وسائل الإكراه.

وحتى يتحقق هذا الشرط لا بد من توافر العناصر الآتية:

1- استعمال وسائل ضغط :وقد تكون هذه الوسائل حسية أو مادية كالتهديد الذي يقع على الجسم بالضرب والتعذيب والقتل وقد تكون غير حسية ، لا تقع على الجسم بل تصيب الشخص في كيانه الأدبي وتمس الشرف والكرامة والسمعة كالتهديد بإفشاء سر أو بإحداث ألم نفسي بخطف أحد الأقارب أو تعذيبه أو نحو ذلك [1] . والجدير بالذكر أن هناك رأي في الفقه لا ينظر إلى مشروعية الوسيلة بقدر ما ينظر إلى مشروعية

---

[1]–سعيد جعفور - نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، طبعة 2002 ، ص 66 .

[2]–علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص134 .

[3]–محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق ، ص 71 .

لغـرض ، وبالتـالي لا يتحقـق الإكـراه إذا اسـتعملت وسـيلة ضـغط مشـروعة أو غـير مشروعة لتحقيق غرض مشروع [2] .

ولكن الرأي السابق مناقض لقاعدة فقهية مشهورة مضمونها أن ما بـني علـى باطـل فهـو باطـل .وهـو أيضـا رأي الفقيـه كاربونيـه والـذي يوجـب أن تكـون الوسـيلة و الغايـة كلاهما مشروعا .

2- النفوذ الأدبي :لا يوجد نص في القانون المـدني الجزائـري يعـالج هـذه الفكـرة ، كمـا فعل المشرع الفرنسي من خلال نـص المـادة 1114 مـن التقنين المـدني الفرنسـي والـتي تـنص علـى أن مجـرد الخشـية الأدبيـة نحـو الأب أو الأم أو أي أصـل آخـر مـن غـير استعمال إكراه لا يكفي لإبطال العقد .

---

[1]- راجع الأستاذ محمد حسنين، نظرية الالتزام ،المرجع السابق ، ص15 .
- وما يلاحظ على نص المادة 88 من القانون المدني وما أوردناه من تعريفات سابقة أن كل منها احتوى أو تضمن عبارة((رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه)) وإن ورود هذه العبارة من شأنه أن يوضح البس بين الإكراه المعدم للرضا وهو الإكراه المادي والذي يكون بإكراه المتعاقد ماديا كان يمسك شخص بيد شخص آخر ويجعله يوقع على العقد كرها وبين الإكراه المعنوي وهو الذي لا يعدم الإرادة كليا بل يعيبها فقط [3]،وبطبعة الحال هذا النوع الأخير من الإكراه يقع نتيجة ممارسة ضغط نفسي ، وقد حاول الفقه منذ القدم وضع معيار لتحديد ماهية هذا الضغط .

فوضع القانون الروماني معيارا موضوعيا وهو الضغط الذي يتأثر به الرجل الشجاع أما القانون المدني الفرنسي في المادة 1112 فحدد المعيار الموضوعي بقدرة الشخص على التمييز ،وأضاف إليه معيارا ذاتيا فقال مع مراعاة سن المتعاقد وحالته والذكورة والأنوثة .أما القانون المدني المصري الحالي فقد أخذ بالمعيار الذاتي وحده وحذا حذوه القانون المدني الجزائري حيث جاءت المادة 88 منه مقابلة للمادة 127 مدني مصري مع وجود بعض الفوارق البسيطة والتي يمكن إيجازها في ما يلي :

- أضاف كلمة بينة كصفة لهذه الرهبة ولم يكن ذلك في القانون المصري .
- أنقص المشرع الجزائري عبارة ((وكانت قائمة على أساس)) .
- المشرع الجزائري حصر الغير في الأقارب فقط .

والملاحظ أن نص هذه المادة اقتصر على أصول الشخص فقط ولم يسمح له بإبطال العقد في هذه الحالة أي أن هذه الحالة لا تصل إلى درجة الإكراه الذي يعيب الإرادة ولكن بعض الفقه العربي ميز بين حالتين :

الحالة الأولى : الوصول إلى غرض مشروع وأمر نافع ففي هذه الحالة مهما كان النفوذ الأدبي فإن هذا العقد لا يبطل .

الحالة الثانية : إذا كان الغرض من استعمال النفوذ هو الوصول إلى غرض غير مشروع وهنا يكون كالإكراه الذي يعيب الإرادة .

3- استغلال ظرف خارجي :وهو ما يسمى بحالة الظرف الملجئ أو بحالة الضرورة التي يكون فيها المتعاقد ، وهنا يطرح السؤال التالي هل يتوفر الإكراه إذا تهيأت ظروف من شأنها أن تضغط على إرادة المتعاقد ولم يكن لأحد يد في إحداثها وتؤدي به هذه الظروف المحيطة إلى ارتضاء عقد مجحف في حقه ؟ كما إذا كان الشخص مشرفا على الغرق فاتفق معه شخص آخر كان بجواره على إنقاذه مقابل مبلغ كبير من النقود أو كمن استدعت حالته المرضية إلى العلاج لدى طبيب جراح يراه الوحيد لإنقاذ حالته فيستغل الطبيب هذا الظرف ليفرض عليه أجرا باهظا لقاء إجراء العملية .

فهل يعتبر استغلال موقف المضطر هذا وسيلة من وساءل الضغط تمكنه من طلب الإبطال ؟

في القانون المدني الجزائري لا يوجد نص صريح واجتهادات الفقه تميل إلى موقف الفقه في فرنسا والذي يرى بأن الإكراه يتحقق في هذه الحالة أيضا لأن الإرادة لا تصدر عن صاحبها عن حرية واختيار[1] .

ب:الشرط الثاني - أن تؤدي هذه الوسائل والظروف إلى رهبة بينة تكون هي الدافع إلى التعاقد :

1- راجع الأستاذ محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق ، ص 76 .

تنص الفقرة الثانية من المادة 88 من القانون المدني الجزائري على مايلي ((وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما ، محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ..))

فللرّهبة البينة شرطين يتعلق أحدهما بالخطر ويتعلق الثاني بالشخص المعني بالخطر ، فأما الأول فمعناه أن الخطر الذي يهدد المكره جسيما أي ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد وحتى يكون الأمر كذلك يجب أن يكون الخطر محدقا ومعينا[21].

أما الثاني فيتمثل في أن هذا الخطر يمس الشخص نفسه في حياته أو شرفه أو ممتلكاته أو حياة أو شرف أو ممتلكات أحد أقاربه وهنا سبق وأن أشرنا أن المشرع الجزائري قد أقتصر الغير في الأقارب وحدهم دون غيرهم .

وما يمكن قوله في هذه النقطة أن التهديدات العامة التي يتلقاها الشخص دون تحديد ودون وضوح لا تمثل خطرا جسيما بالإضافة إلى ذلك فجسامة الخطر في حد ذاتها أمر نسبي يخضع للمركز الثقافي والاجتماعي والاقتصادي والنفسي لكل متعاقد .

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة في الحكم لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع في الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون[1].

---

[1]- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مايلي :إن معيار الرهبة القائمة على أساس ، معيار شخصي حيث تعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطرا جسيما أصبح وشيك الحلول زلا يشترط أن يتهدد الخطر المتعاقد ذاته ويجب في الرهبة القائمة على أساس أن يكون قد المكره في نفس المتعرض للإكراه بغير حق .

فالدائن الذي يهدد مدينه باللجوء إلى القضاء إذا لم يعترف بالدين إنما يستعمل وسيلة قانونية للحصول عل غرض مشروع – الأستاذ معوض عبد التواب ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الأول ، ص 388 .

[2] – الأستاذ معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 389 .

ج : الشرط الثالث - أن يكون الإكراه صادرا عن أحد المتعاقدين أو كان عالما به أومن المفروض أن يعلمه .

تنص المادة 89 من القانون المدني على مايلي « إذا صدر الإكراه عن غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به أو من المفروض أن حتما أن يعلم بهذا الإكراه »

وهكذا اعتبر المشرع الجزائري أن الإكراه الذي يرتكبه شخص ثالث من غير المتعاقدين يبطل العقد إلا إذا أثبت من وقع منه الإكراه أن المتعاقد معه كان يعلم بهذا الإكراه فيكون بطريقة أو بأخرى متوا طئا مع هذا الغير أو من المفروض أن يعلم به كما لو ارتكب الإكراه ضيفا للمتعاقد أو أحد أبنائه مثلا .

أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر على أي علم بالإكراه فليس للطرف المكره إبطال العقد ولكن له أن يرجع على من ارتكب الإكراه بالتعويض وذلك على أساس أن الإكراه يعد عملا غير مشروع تتوفر فيه شروط قيام المسؤولية التقصيرية[2].

الفرع الرابع : الإستغلال

تنص المادة 90 من القانون المدني على مايلي « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .»

---

[1]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 135.

ومن نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري يعتبر الإستغلال هو رابع عيب من عيوب الرضا .

أولا: تعريف الاستغلال

أ- تعريف الاستغلال لغة : هو الانتقاع من الغير دون وجه حق .

ب- تعريف الاستغلال في الاصطلاح : الإستغلال هو أن يعمد شخص لأن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في شخص آخر فيجعله يبرم تصرفا معينا للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتقاوت مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوف [1].

ويعرفه الأستاذ لعشب محفوظ بأنه غبن مصحوب بالجانب النفسي ، الذي يؤثر على سلامة التقدير نتيجة لعاملين ، عامل في الطرف المغبون كالطيش والهوى وعامل في الطرف الغابن وهو قصد استغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة المبادلة[2] .

ويعرفه أيضا الأستاذ رمضان أبو السعود كما يلي : الاستغلال هو أن يقدم شخص على استغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن فادح لهذا المتعاقد .وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب إطلاقا على ما يحصل عليه المتعاقد الآخر [1]

وما يمكن قوله من خلال التطرق لهذين التعريفين أن الإستغلال هو أن يستغل أحد المتعاقدين ضعف نفسي في المتعاقد الآخر للحصول على مقابل أكبر من المقابل الذي كان من المفروض أن يحصل عليه لو أن المتعاقد الآخر كان متمتعا بملكة الموازنة وحسن التبصر أو بتعبير آخر هو انتهاز فرصة .

1-محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق ،ص91 .

2-محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ص145.

3- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 135.

ومن الأمثلة التي يمكن ضربها في هذا الموضع أن تستغل زوجة شابة دلالها وجمالها لـدفع زوجها العجوز الهرم إلى أن يهبها كامل أمواله ، ويكون اندفاعه لتحقيق مطلبها يحركه الهوى الجامح والذي يحركه في نفسه دلال زوجته وما تتمتع به من جمال .

أو أن يستغل تاجر سيارات طيش شاب ورث ثروة طائلة فيبيعه سيارة مستعملة بمبلغ مرتفع جدا .

ثانيا – التفرقة بين الاستغلال والغبن :على الرغم من أن التعريف الثاني الـذي أورده الأستاذ لعشب يعتبر فيه أن الاستغلال هو نوع من الغبن وعلى الرغم من أن المادة 90 تسمي المتعاقد الذي وقع ضحية استغلال المتعاقد الآخر بالمتعاقد المغبون إلا أن ذلك لا يعني أن الغبن والاستغلال مسميان لشيء واحد ، لأن الغبن والذي هو عبارة عن عدم التعادل المادي بين ما يأخذه الشخص وما يقدمه ومثال ذلك أن يبيع شخص كامل الأهلية عقاره بمبلغ 10000 د ج في حين أن ثمن العقار الحقيقي يساوي 20000دج وبالتالي نلاحظ أنه في هذه الحالة لا يوجد عناك تعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.

كما أن الغبن لا يمكن أن نتصور وقوعه في عقود التبرع لأن أحد المتعاقدين لا يعطي شيء وإنما يأخذ دون مقابل .وكذلك الأمر بالنسبة للعقود الاحتمالية لأنها متوقفة على حوادث ممكن أن تقع وممكن أن لا تقع وبالتالي لا يمكن معرفة ما سيأخذه المتعاقد أثناء عملية التعاقد . فالغبن بهذا المعنى لا يؤثر في صحة التعاقد من حيث الأصل فالمشرع لم يجعل من عدم التوازن الاقتصادي سببا في إبطال العقد ولكن لجأ إلى حل آخر لرفع الغبن وهو إمكانية التعديل في التزامات المتعاقدين كما هو الأمر بالنسبة للبيع العقاري والذي يتم فيه تكملة المبلغ إلى أربعة أخماس وهنا يتضح أن معيار الغبن معيار مادي وليس وإنما هو أمر نفسي مرتبط بالهوى الجامح أو الطيش البين .

وبالإضافة إلى ذلك الإستغلال عيب في إرادة الشخص بينما الغبن عيب في العقد [1] .

وبالإضافة إلى ما سبق فالأستاذ محمد حسنين يعتبر أن الغبن هو المظهر المادي للاستغلال ، ويضيف قائلا الغبن هو عدم تعادل البدل فهو عيب في محل العقد لا في الإرادة [2] .

وخلاصة القول أن المشرع يبيح للذي وقع في الإستغلال طلب إبطال العقد بينما يختلف الأمر بالنسبة للذي وقع في الغبن ، فالمشرع يعمل على إعادة التوازنات العقدية فقط وإزالة التفاوت الفاحش والتقليل منه ، وهو ما يتضح من الحالات التالية :

1- في بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس ، يتم تكملة المبلغ إلى أربعة أخماس وفق ما تنص عليه المادة 358 من القانون المدني .

2- قسمة المال بين الشركاء والذي لحق فيه أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس ، ففي هذه الحالة يتم نقض العقد والرجوع في القسمة .المادة 738 من القانون المدني .

3- تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه المادة 184 من القانون المدني .

وهذه الحالات هي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر [3] .

ثانيا : عناصر الإستغلال

ويقوم الاستغلال كما يظهر من النص من عنصرين .

أ- العنصر المادي :

والمقصود بهذا العنصر هو عدم التعادل والتكافؤ بين التزام المستغل والطرف الآخر الذي استغله ويجب أن يكون هذا الاستغلال فادحا وفاحشا لأنه لا يعتد بالغبن اليسير و ومدى تأثير ذلك يكون متروك لتقدير المحكمة .

ويكون تطبيق هذه بشكل أوضح في عقود المعاوضة ، أي بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه . وقد تطبق نظرية الغبن في العقود الاحتمالية وهنا يكون التفاوت

---

[1] - علي علي سليمان ، نظرية الالتزام ، ص 67 .

[2]- محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 55 .

[3] - محمد حسنين ، المرجع نفسه ، ص58 .

بين حظ الربح والخسارة اللذين يتحملهما المتعاقد وقد تطبق هذه النظرية في العقود التي ينعدم فيها العوض أصلا كعقود التبرع (هبة يقدمها رجل عجوز لزوجته الشابة)

ب- العنصر النفسي

وهو استغلال طيش بين[1] أو هوى جامح أي متسلط على الإرادة مثل تعاطي الخمر أو لعب القمار فالطيش البين يتمثل في شخص ورث مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه فيستغل ذلك أحد التجار الجشعين ويبيعه سلعة بأضعاف مضاعفة أو يشتري منه شيء بأقل بكثير من سعره الحقيقي وأما الهوى الجامح مثل إدمان الخمر أو لعب القمار أو الإكثار في التردد على أماكن اللهو .

ويشترط أن يكون هذا الطيش أو الهوى الجامح هو الدافع إلى التعاقد وهي مسألة واقع يعود الأمر فيها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1].

ج- الجزاء المترتب عن الاستغلال :

إذا توفرت شروط الاستغلال سالفة الذكر جاز للقاضي أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويتبين من خلال قراءة هذه المادة أن القانون يتيح للمتعاقد المغبون دعويين إحداهما مضمونها طلب إبطال العقد والأخرى الإنقاص من الالتزامات

التعاقدية فقط وتسمى دعوى الإنقاص[2].

1- يعرف الأستاذ محمد سعيد جعفور الطيش البين والهوى الجامح كما يلي :
الطيش البين : هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسؤ التقدير وعدم الاكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العاجلة والعابرة ، وهو أمر طارئ عكس السفه الذي هو حالة دائمة ، وبالتالي يبطل تصرفه والثاني يحجر عليه .
الهوى الجامح : هو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء بحيث لا قبل لصاحبه بدفعه ، أي لا يستطيع أن يكبح جماحه والغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص ومثاله التقليدي هو الزوجة الشابة . المرجع السابق ص 95 و 96 .

2- علي علي سليمان - نظرية الالتزام – المرجع السابق ، ص 68 .

3- عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ص 403 .

وأجل رفع هاتين الدعويين هو سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة وبالتالي فمدة التمسك بعيب الاستغلال أقصر مقارنة مع مدة التمسك بطلب الإبطال لعيب من عيوب الرضا الأخرى .

والجدير بالذكر أن مدة السنة هنا هي ميعاد لرفع الدعوى فإذا انقضت دون أن يرفع المتعاقد الآخر دعواه ، ورفعها بعد ذلك كانت غير مقبولة كما يقضي بذلك القانون صراحة .وبالتالي فمدة السنة هي ميعاد إسقاط وليست ميعاد تقادم والفرق بين الميعادين أن الأول لا يلحقه وقف ولا انقطاع أما الثاني أي التقادم فيمكن أن يطول أو يمدد إذا ما لحقه وقف أو انقطاع ، ومدة السنة هذه تحسب بالتقويم الميلادي [3] .

وأخيرا التمسك بطلب إبطال العقد للاستغلال يكون من حق الطرف الذي وقع عليه الاستغلال ولا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، ولكن القاضي إذا ما طلب منه إبطال العقد بإمكانه أن يحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون فقط ، ولكن إذا طلب منه إنقاص الالتزامات ليس له أن يحكم بإبطال العقد لأنه لو فعل ذلك حكم بما لم يطلب منه الخصوم وعرض و عرّض قراره أو حكمه للنقض للطعن فيه .

كما أن الطرف المغبون ليس له أن يتمسك بإبطال العقد على وجه يتنافي وحسن النية وذلك إذا كان العرض الذي عرض عليه من شأنه أن يزيل ذلك الغبن .

الفصل الثالث : زوال العقد في مرحلة التكوين (نظرية البطلان)

تعد نظرية البطلان من أهم وأعقد النظريات التي تضمنها القانون المدني ، وذلك للدور الخطير تلعبه في التصدي للتصرفات القانونية غير السليمة والمخالفة للقانون ، ويعد العقد من بين التصرفات التي تخضع لنظرية البطلان في حالة ما إذا كان واقعا تحت طائلة مخالفة بعض الأحكام القانونية المنظمة له.

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص 403.

حيث نجد أن العقد يتكون من أركان لابد من توفرها حتى يتم انعقاده وتتمثل في التراضي والمحل والسبب والشكل في الع+قود التي تتطلب الشكل كركن للانعقاد ، وشروط صحة تقترن في معظمها بركن التراضي فتوفر له زيادة على الوجود سلامة الإرادة التي تنشئه من العيوب التي قد تصيبها كالغلط والتدليس والإكراه و الإستغلال ، وعليه فإن اختلال ركن من أركانه أو شرط من الشروط سالفة الذكر يؤدي حتما إلى البطلان بغض النظر عن نوعه مطلقا كان أو نسبي

وإننا من خلال هذا المحور سنتطرق لدراسة البطلان بصفة عامة من خلال تعريفه والتفرقة بينه وبين بعض المفاهيم المجاورة ، كما أننا سنحاول أن نميز ما بين البطلان المطلق والبطلان النسبي لنختتم الكلام عن البطلان بالحديث عن آثاره .

المبحث الأول : تعريف البطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة

المطلب الأول : تعريف البطلان

البطلان وصف يلحق التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف وإفقاده آثاره القانونية [1].

وعلة هذا التعريف أن البطلان ليس وصف للتصرف القانوني فحسب بل هو أيضا جزاء على المخالفة التي ارتكبت في حق القانون ، أو ما اتفق عليه الأطراف ،وبمقتضى هذا الجزاء يفتقد التصرف فعاليته وتشل آثاره القانونية تحقيقا لهدف الشارع يحمل الأفراد على احترام القواعد التي تنظم إنشاء التصرفات القانونية .

المطلب الثاني : تمييز البطلان عن غير من الأنظمة المشابهة :

هناك العديد من الأنظمة التي تتشابه مع البطلان إلى درجة أنه في الكثير من الحالات يصعب التفرقة بينها.

[1] - عبد الحكم فوده ، البطلانفي القانون المدني والقوانين الخاصة ،دار الفكر والقانون ، دون ذكر سنة الطبع ومكان النشر، ص 20.

الفرع الأول : البطلان والانعدام

فالعقد الباطل هو عقد متوفر الأركان غاية الأمر فيه أنه يقع مختلا (اختلال ركن من أركانه) . لعدم توافر ما يشترطه القانون في هذا الركن من شروط ومثال ذلك أن يرد العقد على موجود ولكنه غير مشروع ، فالمحل موجود باعتباره ركنا في العقد إلا أنه غير مشروع فيقع باطلا . أما العقد المعدوم فهو يفتقد ركن من أركانه ، كأن يتخلف المحل أو الرضا أو السبب أو يتخلف ركن الشكلية في العقد الشكلي والعقد المعدوم لا يعتبر له وجودا قانونيا ولا وجودا ماديا فهو معدوم الأثر واقعا وقانونا .

والواقع أن العقد المعدوم لا يختلف حكمه القانوني عن العقد الباطل بطلانا مطلقا فكلاهما معدوم الأثر من الناحية القانونية ولا فرق في ذلك بين أن يكون الانعدام شديدا أو خفيفا [2] .

الفرع الثاني : البطلان وعدم النفاذ

فالعقد الباطل عبارة عن عقد مسه عيب في ركن من أركانه أو في شرط من شروطه ، فجعل منه عديم الأثر بالنسبة للمتعاقدين أو غيرهما ، أما العقد غير النافذ فهو عقد صحيح من حيث تكوينه ولكن علة الأمر أنه غير منتج لآثاره بصفة مطلقة أي بالنسبة للمتعاقدين والغير كما هو الحال في عقد بيع العقار الذي لم يتم شهره أو نسبية حيث يقتصر في ترتيب آثاره على المتعاقدين فقط دون الغير ومثال ذلك أن عقد إيجار ملك الغير ، الذي يقع صحيحا بين المتعاقدين من الوجهة الفنية ،لا ينفذ في حق مالك العقار الذي لم يشترك في التعاقد .

الفرع الثالث : البطلان والفسخ

يجب أن نفرق بين الفسخ والبطلان لأنه أثناء الحديث عن الفسخ فنحن نتحدث عقد نشأ صحيحا ومستوفيا لأركانه ومولدا لالتزاماته بين أطرافه ولكن غاية الأمر أن

---

[1]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 167 .

أحد المتعاقدين لم يقم بتنفيذ التزاماته فيقع الفسخ بناءا على طلب الطرف الآخر كجزاء عدم تنفيذ هذا العقد الصحيح ، فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين .

الفرع الرابع : البطلان و الانفساخ

فالبطلان هو ما تم الحديث عنه سابقا أم الانفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي [3] ومثال ذلك ما هو منصوص عليه في المادة 369 من القانون المدني .

الفرع الخامس: التفرقة بين البطلان النسبي والبطلان المطلق

هذا النوع من التفرقة هو الأكثر شيوعا لدى رجال القانون والأكثر انتشارا في الحياة العملية.

أولا- من حيث السبب: البطلان المطلق سببه مخالفة قاعدة في تكوين العقد اختلال ركن من الأركان أما البطلان النسبي فسببه عدم توفر شرط من شروط الصحة (وجود عيب في الرضا أو أهلية المتعاقد) .

ثانيا - من حيث المصلحة المحمية : البطلان المطلق قرر لحماية المصلحة العامة وعليه فقواعد البطلان المطلق متعلقة بالنظام العام ، أما البطلان النسبي فهو مقرر لحماية المصلحة الخاصة .

ثالثا- من حيث ترتيب الآثار : البطلان المطلق يجعل من العقد لا يرتب أي أثر لا في الحاضر أو في المستقبل أما البطلان النسبي فليس كذلك لأن للعقد وجود قانوني ويرتب جميع آثاره إلى غاية الحكم ببطلانه فتزول جميع آثاره بأثر رجعي وعليه فالعقد الباطل بطلانا نسبيا هو كالعقد الصحيح قبل الحكم بإبطاله وهو كالعقد الباطل بطلانا مطلقا إذا حكم بإبطاله .

---

[3] - راجع الأستاذ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 358 .

رابعا- من حيث تقرير البطلان : البطلان المطلق يكون بحكم القانون والحكم الصادر عن المحكمة هو حكم كاشف له فقط أما البطلان النسبي فيكون سببه صدور حكم من المحكمة يقرره وبالتالي فإن هذا الحكم هو حكم منشئ .

خامسا - من حيث صاحب الحق في التمسك بالبطلان :ففي حالة البطلان المطلق لكل شخص له مصلحة الحق في التمسك بالبطلان (المتعاقدين ، الغير ، الدائنين ، أو أي شخص آخر له مصلحة) شريطة أن تكون هذه المصلحة مرتبطة بالعقد أما في حالة البطلان النسبي فالشخص الذي تقرر له البطلان هو الوحيد الذي له الحق في التمسك به حسب نص المادة 99 من القانون المدني .

سادسا- من حيث التقادم :البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة[1] ولا يزول بالتقادم وإن كانت دعوى البطلان تسقط بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد وذلك ما تنص عليه المادة 102 من القانون المدني وتبقى إمكانية التمسك به في شكل دفع فقط لأن الدفوع لا تسقط بالتقادم أما البطلان النسبي فترد عليه الإجازة ويصيبه التقادم والذي حدد ب05 سنوات[2] حسب نص المادة 101 وهو تقادم قصير يبدأ من تاريخ زوال العيب أو اكتشافه على أن لا يتجاوز في جميع الأحوال مدة 10 سنوات من وقت تمام العقد.

الفرع السادس: التفرقة ما بين البطلان العام والبطلان الخاص.

يكون البطلان بطلانا عاما إذا تعلق بغياب ركن من أركان العقد وفقا لما هو منصوص عليه في العقد ويكون بطلانا خاص إذا تم النص عليه بمقتضى نص خاص من بين

---

[1]- الفرق بين الإجازة والإقرار : الإجازة معناها تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد فهي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في طلب إبطال العقد ، ويجب عدم الخلط بين الإجازة والإقرار لأن هذا الأخير يصدر عن الغير بينما تصدر الإجازة عن المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وأن الإقرار يرد على عقد صحيح في حين ترد الإجازة على العقد القابل للإبطال ويتمثل الإقرار في نفاذ العقد في حق المقر بينما يترتب على الإجازة زوال حق التمسك بحق الإبطال . وقد تناول القانون المدني الإجازة من خلال النص عليها في المادة 100 منه

[2]- وهي نفس المدة التي قررها القانون المدني الفرنسي ضمن نص المادة 1304 .

النصوص الخاصة التي تقرر البطلان نجد نص المادة 402 و 403 من القانون المدني والمتعلقتين بشراء الأموال المتنازع فيها من قبل رجال القضاء .

والمشرع الجزائري تطرق لهذا النوع من التقسيم ضمن نص المادة 86 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 80-210 المؤرخ في 1980/09/31 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [1].

المبحث الثاني : آثار البطلان

إن إبطال العقد لا يرتب آثاره مباشرة ويبقى الأطراف في نفس المركز القانوني ، ولاينفصلان عن بعضهم البعض إلا بإعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها.

المطلب الأول : الآثار الأصلية للبطلان (إعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها)

على الرغم من وجود كل هذه الفوارق ما بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا إلا أن أثر البطلان في كلاهما واحد .وهو زوال العقد من يوم إبرامه وبأثر رجعي .ويصبح كأن لم يكن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير وذلك ما نص عليه القانون المدني من خلال المادة 103 المعدلة بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني على مايلي :

((يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

---

[1]- وتنص هذه المادة على مايلي : " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغاؤها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر ، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء، أو النقض قد تم شهره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقا للقانون "

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به))

ما يلاحظ على هذه المادة أنها تمثل القاعدة العامة للبطلان وتطبق أثناء تنفيذ العقد كله أو جزء منه وهي الحالة التي يتم فيها إعادة المتعاقدين إلى الوضع ما قبل التعاقد ويقتضي ذلك أن يرد كل منهما إلى الآخر الأداء الذي تلقاه ، ففي عقد البيع يجب على البائع أن يرد للمشتري الثمن وعلى المشتري أن يرد للبائع الشيء المبيع ، وهناك حالة أخرى وهي الحالة التي لم يقم الأطراف فيها بتنفيذ أي جزء من العقد فهنا لا يلزم أي من المتعاقدين بأي أداء نحو المتعاقد الآخر .

الفرع الثاني :الاستثناء من قاعدة إعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها وترتيب العقد الباطل لآثار عرضية .

فإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في إعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها فإنه قد يحدث استثناء على هذه القاعدة وهو استحالة رد الأوضاع إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل التعاقد فتكون هذه الاستحالة بحكم الواقع أو بحسب طبيعة الأشياء أو أي اعتبارات أخرى يراها المشرع جديرة بالحماية .وبالتالي فإن استحالة رد الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها يترتب عليها أن العقد الباطل يرتب بعض الآثار التي لا يمكن تجاهلها وذلك بسبب خطورتها وعلاقتها باستقرار المجتمع ، هذه الآثار وان كان مصدرها العقد الباطل إلا انه لا يمكن إلحاقها به لأنه لم يعد موجودا وذلك بعدما تقرر إبطاله .

وبالتالي رأى فقهاء القانون أن مثل هذه الأفعال لا تلحق بالعقد باعتباره تصرف قانوني ولكن تلحق به باعتباره واقعة مادية وبالتالي تنسب هذه الآثار للقانون لا للعقد [1].

ومن بين الأمثلة التي يترتب عليها ترتيب العقد لبعض الآثار العرضية وعدم القدرة على رد الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها مايلي :

1- في حالة استحالة رد الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها بحكم الواقع كما لو أن الشيء المبيع هلك مثلا في يد المشتري بخطأ منه فإن القاضي يحكم بتعويض يعادل قيمة الشي المبيع وقت هلاكه وهذا التعويض لا يحل محل الثمن لأن الثمن يكون في عقد صحيح .

2- في حالة الاستحالة الراجعة إلى طبيعة الأشياء كما هو الحال في العقود الزمنية حيث يستحيل رد الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها لأن العقود الزمنية أثارها مرتبطة بالزمن هذا الأخير الذي لا يمكن العودة به إلى الوراء .

3- في الحالة التي يرى المشرع فيها المحافظة على بعض الآثار لكونها جديرة بالحماية كما هو الحال في عقد الزواج الباطل والذي يكون فيه قد تم الدخول ففي هذه الحالة تثبت العدة للمرأة ويثبت النسب للأولاد

وفي جميع هذه الحالات تلحق الآثار بالقانون وليس بالعقد لأنه لم يعد موجودا .

الفرع الثاني:الحد من آثار البطلان .

لقد تطرقنا في ما سبق إلى آثار البطلان والمتمثلة في زوال آثار العقد بأثر رجعي أي من وقت إبرام العقد لا من وقت تقرير البطلان ونظرا لخطورة هذا المبدأ تدخل المشرع من أجل الحد من نتائجه الخطيرة ومن تطبيقاته سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير كما سبق وأن تم الإشارة إليه .

---

[1]–علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص278 .

ومن بين الآليات التي وضعها المشرع للتخفيف من آثار البطلان وإعطاء قدر معين لاستقرار المعاملات بين المتعاقدين وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي ، هو إدراج فكرتي التحول والانتقاص ضمن نصوص القانون المدني كآليتين قانونيتين لتحقيق ذلك .

أولا: إنقاص العقد

أ- معنى انتقاص العقد

تنص المادة 104 من القانون المدني على مايلي ((إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله))

ومن نص هذه المادة يتبين لنا أن العقد إذا كان ليس باطلا بأكمله ، وإنما يكون باطلا أو قابلا للإبطال في جزء منه وصحيح في الجزء الآخر ، فإن الجزء الباطل يستأصل منه أما ما تبقى من العقد فيبقى صحيحا باعتباره عقدا قائما بذاته وقادرا على ترتيب آثاره بصورة مستقلة ، هذا ما لم يتبين أن الشق الباطل لا يمكن فصله عن جملة العقد ، فإن كان الأمر كذلك إي عدم إمكانية فصل الجزء الباطل فالعقد بأكمله يكون باطلا .

وإن أساس هذه القاعدة هو تفسير إرادة المتعاقدين على أنه ليس لديهما مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح في العقد [1] .

ومن الأمثلة على تطبيق فكرة انتقاص العقد الهبة المقترنة بشرط غير مشروع ، فتصح الهبة ويبطل الشرط ، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها .

وعلى ضوء هذا المثال يمكن استخلاص شروط انتقاص العقد .

---

[1] - إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2007 ،ص 251 .

ب- شروط إنقاص العقد

حتى يمكن أن نطبق فكرة إنقاص العقد لا بد من توفر ثلاثة شروط وهي :

أولا :أن يكون العقد باطلا أو قابلا في شق منه فقط .

ثانيا :أن يكون العقد قابلا للتجزئة .

ثالثا :أن لا يكون الشق الباطل أو القابل للإبطال هو الدفع إلا التعاقد أي أنه غير مؤثر.

ثانيا: تحول العقد

أ- معنى تحول العقد

تنص المادة 105 من القانون المدني على مايلي ((إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد))

ومقتضى تحول العقد وفق هذه المادة أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر صحيح ، فيتحول التصرف الباطل إلى التصرف الصحيح الذي توفرت عناصره وذلك إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إلى إبرام العقد الصحيح وليس العقد الباطل ، أما إذا تبين أن الإرادة لم تكن تتجه إلى هذا العقد الصحيح فإن التحول لا يتم ويبطل العقد الأصلي .

ومن الأمثلة عن تحول العقد أن عقد البيع إذا كان باطلا لتقاهة الثمن فإنه يعتبر عقد هبة صحيحة إذا توافرت فيه نية التبرع لدى البائع .

ب: شروط تحول العقد

ومن نص المادة 105 من القانون المدني أنه حتى يمكن أن نطبق نظرية تحول العقد لابد من توفر ثلاثة شروط وهي :

1- بطلان العقد الأصلي أو قابليته للإبطال كله .

2- توفره على أركان عقد آخر .

3- انصراف نية المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الآخر .

تم بعون الله

قائمة المراجع

النصوص القانونية :

- الأوامر والقوانين

01 - الأمر *رقم 75-58 المؤرخ* 20 رمضان 1395 الموافق *26 سبتمبر 1975*. المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.
02- القانون المدني المصري حسب آخر التعديلات طبعة تم تجميعها من قبل أسامة أحمد شتات ، صادرة عن دار الكتب القانونية، طبعة 2004.
03- القانون المدني الفرنسي الصادر عن دالوز طبعة 2017.
04- قانون الأسرة الصادر بالقانون 84-11 المؤرخ في09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- المراسيم

01- مرسوم رقم 62-157 مؤرخ في 1962/12/31.
02- مرسوم رقم 63-272 الصادر بتاريخ 25 جويلية 1963 - الجريدة الرسمية الصادرة في 6 أوت 1963 عدد رقم 54 السنة الثانية.

- الكتب الفقهية

1- محمد جمال مطلق الزنيبات ، المدخل لدراسة القانون – دراسة مقارنة – مكتبة القانون والاقتصاد -الرياض .
2- عمر ممدوح – القانون الروماني ، الطبعة الخامسة دار المعارف ، الطبعة الخامسة ، 1966.
3- علي علي سليمان ، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر .
4- سليمان بوذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، دون ذكر سنة الطبع.
5- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر - 1985 .
6- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الأول
7- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني

8- علي فيلالي .الالتزامات النظرية العامة للعقد ،الطبعة الأولى ،سنة 1997، مطبعة الكاهنة.
9- علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر، طبعة 2003.
10- أحمد فرج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الصادر عن دار المطبوعات الجامعية ،طبعة 1999 .
11- زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، دار صادر للطباعة والنشر ، طبعة 1995 ، الجزء
12- جاك غستان ، المطول في القانون المدني – تكوين العقد - ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع.
13- أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية، طبعة 1998.
14- سمير عبد السيد تناغو والصادر عن دار المطبوعات الجامعية 15 - حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقهاً وقضاءً، دار الآفاق العربية، 2001.
16- وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
17- خليل أحمد حسن قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع . ديوان المطبوعات الجامعية .
18- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع – مصر ، الطبعة الثانية سنة 2010.
19- عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، الجزء الرابع.
20- محمد الصبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول ، العقد والإرادة المنفردة ، ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الرابعة سنة 2008.
21- أسامة عبد العليم الشيخ ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2013.
22- رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، طبعة 2003.
23- محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات – المصادر – العقد ، طبعة 2017 .
24- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية .دون ذكر سنة الطبع.
25- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر.

26- نبيل إبراهيم سعد ، مبادئ القانون المدني ، دار النهضة العربية ، طبعة 1995
27-السيد محمد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، طبعة 2002.
28- أنور طلبة ،الوسيط في شرح القانون المدني ، دار الفكر ،طبعة 1998 .
30- نبيل محمد عبد اللطيف ، مبادئ ونماذج العقود الرسمية والعرفية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1990.
31– عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ،دار الكتاب الحديث ،طبعة 1990
33– محمد سعيد جعفور نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، طبعة 2002
34- الأستاذ معوض عبد التواب ، التعليق على نصوص القانون المدني .
35- محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
35- إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2007 .
36- عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ،دار الفكر والقانون ، دون ذكر سنة الطبع ومكان النشر.
37- حليمة آيت حمودي – نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى سنة 1986.

المجلات:

01- مجلة الموثق العدد الثالث أكتوبر 2001
02- مجلة الموثق العدد الخامس ، ديسمبر 2001

الرسائل الجامعية :

01- خالد ممدوح ابراهيم محمد. رسالة دكتوراه بعنوان: **إبرام العقد الإلكتروني**، تم مناقشتها بكلية الحقوق، بجامعة الإسكندرية، بتاريخ 2005/06/23.

الاجتهادات القضائية :

01- قرار صادر عن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 1997 تحت رقم 136156.

المحاضرات الجامعية :

01- بن شعبان حنيفة ، محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق بجامعة الجزائر الموسم الجامعي 2002-2003 .

02- خيار لحلو غنيمة ،محاضرات ملقاة على طلبة الماجيستير ، فرع العقود والمسؤولية ، الموسم الجامعي 2002/2001 .

الكتب باللغة الأجنبية:

01-François Terre. Droit civil. Lesobligations. Dalloz.Paris.